prácticas cOnstituyentes

WE THE PEOPLE III
LA REVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES

Bruce Ackerman



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO
traficantes de sueños





Título original: *We The People III. The Civil Rights Revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1998

Primera edición: marzo de 2019.
Título: We The People III. La revolución de los derechos civiles
Autor: Bruce Ackerman
Traducción: Josep Sarret Grau
Maquetación y diseño de cubierta: Traficantes de Sueños]
Dirección de colección: Carlos Prieto del Campo y David Gámez Hernández
Edición:
IAEN-Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador
Av. Amazonas N37-271 y Villalengua esq.
Edificio administrativo, 5º piso. Quito - Ecuador
Telf: (593) 2 382 9900, ext. 312
www.iaen.edu.ec
editorial@iaen.edu.ec
Traficantes de Sueños
C/ Duque de Alba, 13. 28012, Madrid.
Tlf: 915320928. [e-mail:editorial@traficantes.net]
Impresión:
Cofás artes gráficas

ISBN: 978-84-949147-5-1
Depósito legal: M-4204-2019

WE THE PEOPLE III

LA REVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES

BRUCE ACKERMAN

TRADUCCIÓN:

JOSEP SARRET GRAU

EDICIÓN:

CARLOS PRIETO DEL CAMPO

prácticas cOnstituyentes



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

traficantes de sueños

ÍNDICE

Agradecimientos 11
Introducción. Confrontar el siglo XX 15

Primera parte. Definir el canon 15

I. ¿Somos una nación? 35
II. La Constitución viva 37
III. La bala del asesino 65
IV. El *New Deal* transformado 85
V. El momento decisivo 111
VI. ¿Borrado por vía judicial? 141

Segunda parte. Hitos de la Reconstrucción 163

VII. Esferas de humillación 165
VIII. Esferas de cálculo 197
IX. Tecnocracia en el lugar de trabajo 221
X. El gran avance de 1968 253

Tercera parte. Dilemas del liderazgo judicial 285

XI. La suerte de *Brown v. Board of Education* 287
XII. El cambio a tiempo 323
XIII. Esferas de intimidad 367
XIV. ¿Traición? 395

Para Owen Fiss

Perspicacia. Integridad. Compromiso

AGRADECIMIENTOS

Empecé a trabajar en *We the People* a finales de la década de 1970 y no podría haber llevado a cabo este proyecto a lo largo de los últimos treinta y cinco años sin la ayuda de un maravilloso círculo de amigos. Desde el primer momento he discutido numerosas cuestiones con Bo Burt, Guido Calabresi, Mirjan Damaska, Owen Fiss, Al Klevorick, Tony Kronman, Jerry Mashaw y Alan Schwarz. En el transcurso de estas décadas, este círculo de debates se ha enriquecido con una notable comunidad de estudiosos que han pasado por New Haven: Anne Alstott, Akhil Amar, Ian Ayres, Jack Balkin, Aharon Barak, Rick Brooks, Amy Chua, Drew Days, John Donohue, Don Elliott, Bill Eskridge, James Forman, Heather Gerken, Abbe Gluck, Robert Gordon, Michael Graetz, Dieter Grimm, Oona Hathaway, Christine Jolls, Paul Kahn, Daniel Markovits, Tracey Meares, Nick Parrillo, Robert Post, Cristina Rodríguez, Jed Rubenfeld, Vicki Schultz, Scott Shapiro, Reva Siegel, Alec Stone-Sweet, Patrick Weil, Jim Whitman y John Witt. Todos ellos han contribuido a la existencia de este libro. Y lo que es más importante, todos ellos han convertido a la Yale Law School en un lugar intelectualmente vibrante donde las ideas serias se toman en serio en encuentros diarios a la hora de comer, en los pasillos y en una serie interminable de talleres y seminarios.

También estoy en deuda con mis amigos del departamento de ciencias políticas de Yale. Robert Dahl, Juan Linz, David Mayhew, y Steve Skowronek han sido auténticas fuentes de inspiración y me han proporcionado comentarios detallados y perspectivas más amplias que me han ayudado a estructurar mi marco de trabajo básico. Seyla Benhabib e Ian Shapiro han desempeñado un papel similar ayudándome a definir mi trayectoria filosófica. Más allá de New Haven, Meir Dan-Cohen, Stephen Gardbaum, Laura Kalman, Ethan Leib, Sandy Levinson, Teemu Ruskola, John Skrentny, Rogers Smith y David Super han aportado comentarios sumamente útiles a alguno de los borradores de esta obra.

Y luego están mis estudiantes, que han criticado la evolución de mis ideas a lo largo de más de una década de cursos y seminarios. Algunos de

ellos han llevado a cabo investigaciones formidables en fuentes de gran importancia, a menudo enterradas en los archivos. La colaboración con Jennifer Nou culminó con la redacción de un artículo conjunto y la finalización del conjunto del proyecto se debe en gran parte a una serie de notables contribuciones de varias generaciones de estudiantes de derecho en Yale, entre ellos Josef Ansorge, Larry Benn, Arwyn Carroll, Ben Cassady, Eric Citron, Justin Collings, Jesse Cross, Tomas Dombrowsky, Blake Emerson, Danieli Evans, Dov Fox, Rob Heberle, Craig Konnoth, Kevin Lamb, Marin Levy, John Lewis, Chris Lynch, John Paredes, Matt Pearl, Nick Pedersen, Alex Platt, Adam Sharpe, Julia Spiegel, Lisa Wang, Victoria Weatherford y Chan-young Yang.

Mientras trabajaba en este libro, falleció Jill Tobey, que había sido mi secretaria durante mucho tiempo; la echaré mucho de menos. Lise Cavallaro y Jennifer Marshall han colmado de una manera destacada el enorme hueco que ha dejado. Doy las gracias a los bibliotecarios, y especialmente a Gene Coakley y a Sarah Kraus, por buscar y localizar oscuros materiales legales con una celeridad pasmosa. Ello me ha permitido revisar una gran cantidad de fuentes relevantes al mismo tiempo, con lo que he podido valorar mejor la compleja relación existente entre diversas fuentes.

Como comprobará el lector, soy un tipo afortunado. Pero el mejor regalo que he tenido ha sido poder vivir junto a Susan Rose-Ackerman, mi esposa desde hace cuarenta y cinco años. Ella ha sabido combinar un amor incondicional con una inteligencia extraordinaria, conciliando de este modo de una manera maravillosa el trabajo y la vida familiar.

Gracias.

* * * * *

Algunos de los temas más generales discutidos en este proyecto los abordé en «The Holmes Lectures: The Living Constitution», *Harvard Law Review*, vol. 120, 2007, p. 1727. Doy las gracias a Elena Kagan, entonces decana de la Harvard Law School y de la Law Faculty de esa misma Universidad por su hospitalidad y sus incisivos comentarios cuando visité Cambridge para impartir estas conferencias. Con el permiso de la *Harvard Law Review*, los capítulos 1-4 derivan en parte de aquella publicación. Asimismo, el ensayo que escribí conjuntamente con Jennifer Nou –«Canonizing the Civil Rights Revolution: The People and the Poll Tax», *Northwestern University Law Review*, vol. 103, 2009, p. 63– es la base de los capítulos 5 y 6. Incluyo aquí algunos fragmentos relevantes con el permiso de dicha publicación.

Finalmente, quiero dar las gracias a la generosa ayuda que me prestaron Anthony Kronman, Karold Koh y Robert Post durante sus decanatos en la Yale Law School; ellos me proporcionaron toda la ayuda que puede

necesitar un académico. También agradezco al presidente Louis Vogel por invitarme como profesor investigador visitante en la Universidad de París (Pantheon-Assas) en otoño de 2011, lo que me permitió escapar durante unos meses de mis quehaceres diarios en un momento en que estaba repensando los fundamentos de este proyecto.

INTRODUCCIÓN
ENCARANDO EL SIGLO XX

La revolución de los derechos civiles vive momentos crepusculares. La lucha fue una experiencia inolvidable para la generación que la vivió: la sensacional noticia de *Brown v. Board of Education*, el amargo conflicto de Little Rock, la aprobación de las grandes leyes sobre derechos civiles y otras muchas cosas han resonado en nuestra vida pública durante décadas.

Todo esto es historia antigua para la nueva generación. Puede que celebren el Día de Martin Luther King Jr., pero la revolución de los derechos civiles nunca tendrá las mismas resonancias personalmente inmediatas. Estamos llegando rápidamente a un momento crítico en ese diálogo entre generaciones que es el derecho constitucional, el momento en que la experiencia vivida se convierte en legado histórico. Lo que la nueva generación elija recordar –y lo que decida olvidar– configurará la forma en que entenderá las opciones constitucionales estadounidenses para el siglo XXI[1].

Este no es un problema nuevo. El 4 de julio de 1826, John Adams y Thomas Jefferson murieron casi en el mismo momento, dejando dolorosamente claro que el destino de la República quedaba en nuevas manos. Los estadounidenses tenían dos opciones. Podían seguir el célebre consejo de Jefferson según el cual «la tierra pertenece a los vivos» y reemplazar la Constitución de 1789 por una nueva constitución para la nueva era. O podían preservar el orden político creando una tradición constitucional en la que una generación tras otra discute el legado medio olvidado del pasado constitucional, utilizando este interminable debate para anclar una confrontación colectiva con un futuro inexplorado.

Los estadounidenses han tomado este segundo camino. La elaboración de nuestra tradición se ha vuelto más exigente con el tiempo. Dos siglos después, la Fundación es solo el comienzo de una historia mucho más larga de visión y revisión constitucionales. Nuestro reto es encajar la revolución de los derechos civiles en este patrón más amplio de desarrollo

[1] Véase Ernest Renan, *What Is a Nation?*, 1882, sobre la importancia de recordar y olvidar en la construcción del espíritu nacional [ed. cast.: *¿Qué es una nación?*, Madrid, 2007].

constitucional. ¿Cuál es la mejor forma de entender la relación entre la Segunda Reconstrucción de la década de 1960 y la primera Reconstrucción de la década de 1860? ¿Contribuye el ascenso del constitucionalismo del *New Deal* en la década de 1930 a explicar por qué la Segunda Reconstrucción triunfó allí donde el primer periodo de Reconstrucción había fracasado? ¿Contribuye ello a explicar los límites y el carácter específico del compromiso igualitario que emerge de la revolución de los derechos civiles?

Mi respuesta se basa en los primeros dos volúmenes de esta serie, pero que no se alarme el lector. ¡No tendrá que leerlos antes de poder confrontar estas cuestiones! Basta con sugerir hasta qué punto el marco básico de *We the People* desafía la sabiduría legal convencional.

El relato profesional predominante gira en torno al Tribunal Supremo: los juristas jóvenes se forman a partir del estudio de casos que se centran casi exclusivamente en dictámenes judiciales que van desde *Marbury v. Madison* a *Brown v. Board of Education, Roe v. Wade*, y más allá. *We the People* gira en torno al régimen correspondiente en cada ciclo constitucional: se centra en las relaciones institucionales y en los valores públicos afirmados por el sistema constitucional considerado como un todo, situando a los tribunales en este marco más amplio.

La Fundación generó una constelación gubernamental característica durante la República Temprana. Pero la Guerra Civil y la Reconstrucción revolucionaron este patrón para establecer la República Media, añadiendo nuevos valores y relaciones institucionales en la combinación de la Fundación. Lo mismo sucedió durante el *New Deal*, mediante el cual los estadounidenses repudiaron elementos clave de la constitución del siglo XIX para crear una República Moderna capaz de responder a los retos de la Gran Depresión. El régimen del *New Deal*, a su vez, preparó el terreno para la revolución de los derechos civiles, que a la larga destruyó la coalición de sureños racistas y norteños étnicos, que se habían unido para formar la coalición Demócrata establecida por Franklin D. Roosevelt. Durante las dos décadas que abarcan las administraciones de Eisenhower y Nixon, Republicanos y Demócratas progresistas se unieron al movimiento en pro de los derechos civiles para erigir un régimen *New Deal*-Derechos Civiles característico, que sigue siendo el fundamento de la República Moderna. Este libro explora el legado constitucional que esas décadas nos han dejado.

Temprana, media, moderna: los historiadores y los politólogos han utilizado categorías similares para entender los desarrollos constitucionales a largo plazo. Sin embargo, esta tricotomía familiar desafía la sabiduría legal convencional, que se centra casi exclusivamente en el Tribunal Supremo a expensas de cambios más profundos acaecidos en el régimen gobernante.

El cambio de enfoque desde el tribunal al régimen tiene consecuencias de amplio alcance. Al proponer la Constitución, la Convención de Filadelfia afirmaba hablar en nombre de *We the People*, creando un primer problema fundamental: ¿tienen que tomarse en serio los constitucionalistas la soberanía popular al estudiar las sucesivas transformaciones de la constitución estadounidense a lo largo del tiempo?

Muchos estudiosos importantes han dicho que no. Es bien sabido que Charles Beard y un sinnúmero de escritores progresistas hicieron todo lo posible para reventar el mito de la soberanía popular de la Fundación, presentando a los filadelfianos como motivados básicamente por intereses económicos propios.

Yo tengo un punto de vista diferente. La soberanía popular no es un mito. Los Fundadores desarrollaron una forma característica de práctica constitucional que consiguió imprimir en los estadounidenses comunes y corrientes (varones y blancos) la idea de que eran realmente decisivos a la hora de determinar su futuro político. Este éxito de la Fundación estableció el paradigma de los actos legítimos de producción normativa de carácter superior que las generaciones subsiguientes han desarrollado. Los Republicanos de la Reconstrucción, los Demócratas del *New Deal* y los líderes del movimiento por los derechos civiles afrontaron, una vez más, la tarea de obtener un consenso popular amplio y reflexivo para las transformaciones radicales del *statu quo* constitucional que proponían y en cada una de esas ocasiones tuvieron (más o menos) éxito. El reto es analizar las formas concretas mediante las que el sistema constitucional en proceso de cambio puso a prueba sus demandas exigiendo que fuesen presentadas repetidamente a los votantes para ganarse la autoridad, muy especial, requerida para crear un nuevo régimen en nombre de Nosotros, el Pueblo.

Los constitucionalistas convencionales no han sabido afrontar este reto. No consideran seriamente cómo respondieron los estadounidenses a la Guerra Civil, a la Gran Depresión y al movimiento por los derechos civiles adaptando creativamente los paradigmas de la soberanía popular heredados del siglo XVIII. Se han permitido una serie de ficciones legales que oscurecen el carácter distintivo de estos ejercicios contemporáneos de reforma constitucional revolucionaria. Pretenden que los líderes políticos de cada una de estas eras transformaron los compromisos fundamentales de Estados Unidos siguiendo obedientemente el camino marcado por los Federalistas de la Fundación para la introducción de las enmiendas constitucionales formales.

Se equivocan.

Los estadounidenses han utilizado ocasionalmente la fórmula establecida por los Fundadores en el Artículo Cinco para la introducción de las enmiendas formales, a tenor de la cual el Congreso propone y las

asambleas legislativas estatales ratifican los cambios correspondiente en nuestra normativa de carácter superior. Pero los grandes movimientos políticos del pasado han desplegado a menudo una creatividad mucho mayor a la hora de obtener el consentimiento popular para sus nuevos acuerdos constitucionales. En volúmenes anteriores, *We the People* ha seguido a los Republicanos de la Reconstrucción y a los Demócratas del *New Deal* mientras construían paso a paso nuevos sistemas de soberanía popular para obtener un apoyo popular amplio y reflexivo para sus iniciativas transformadoras.

Resumiendo mi argumento: al redactar el Artículo Cinco, los Fundadores se basaron en la *división de poderes* entre los estados y el gobierno central para organizar el debate y la toma de decisiones relativos a las enmiendas constitucionales. Pero los Republicanos de la Reconstrucción y los Demócratas del *New Deal* se basaron cada vez más en la *separación de poderes* entre la Presidencia, el Congreso y el Tribunal Supremo para obtener el amplio consentimiento popular requerido para hacer un cambio fundamental en nombre de Nosotros, el Pueblo.

Este modelo de la separación de poderes ha sido elaborado de diferentes formas en diferentes momentos. A menudo, el presidente afirma que el éxito en su reelección representa un «mandato del pueblo» y logra convencer al Congreso y al Tribunal de que respalde su nueva visión del gobierno constitucional. Este fue el guión que siguieron Lincoln en el caso de la Decimotercera Enmienda y Roosevelt durante la Revolución del *New Deal*.

Pero a veces es otro de los poderes el que toma la delantera. Durante la Reconstrucción, la bala de John Wilkes Booth sustituyó a Lincoln por el conservador Andrew Johnson, que trató de implicar al Tribunal Supremo en un intento conjunto de frenar en seco la revolución Republicana. Si la Reconstrucción tenía que ir más allá de la Decimotercera Enmienda, el Congreso controlado por el Partido Republicano no tenía otra opción que afirmar el liderazgo constitucional. Aunque la cuestión es ignorada en los relatos legales estándar, fue una serie de conflictos dramáticos entre el Congreso, el Presidente y el Tribunal –y no la ratificación formal de la Decimocuarta y la Decimoquinta Enmiendas– lo que determinó básicamente la configuración constitucional de la República Media. Si Andrew Johnson, respaldado por el Tribunal Supremo, hubiese ganado su batalla por el apoyo público, el Congreso nunca habría estado en condiciones de obligar al Sur, por medios militares, a ratificar la Decimocuarta y la Decimoquinta Enmiendas. El nuevo régimen republicano se habría basado en la visión más modesta de los derechos humanos y del poder nacional sugerida por la Decimotercera Enmienda.

Aunque diferentes poderes del Estado hayan desempeñado un papel de liderazgo en la lucha por el cambio de régimen, su envite es siempre el mismo: obtener el apoyo público suficiente para su revisión constitucional, de modo que, con el tiempo, *los tres poderes* respalden repetidamente la legitimidad de los avances con los que se inició el nuevo régimen. Durante las elecciones presidenciales de 1868, los candidatos del Partido Demócrata todavía denunciaban la legitimidad de la Decimocuarta Enmienda. Solo cuando Ulysses S. Grant llegó a la Casa Blanca y nombró a unos cuantos Republicanos convencidos como magistrados del Tribunal Supremo, la validez de las Enmiendas de la Reconstrucción quedaron fuera de toda duda.

La legitimación del *New Deal* procedió a un ritmo similar. El viejo Tribunal Supremo interrumpió su ataque a la legislación intervencionista en 1937, pero inicialmente el significado de esta retirada no estaba claro. ¿Era meramente una retirada estratégica o la inauguración de una nueva visión del gobierno constitucional estadounidense? Solo el iconoclasta tercer mandato de Roosevelt contestó de manera decisiva esta cuestión, permitiéndole reconstituir todo el Tribunal Supremo, que luego respaldó unánimemente los principios del constitucionalismo del *New Deal* de una forma rotunda. A comienzos de la década de 1940, los tres poderes habían dado repetidamente su apoyo al régimen del *New Deal*, acabando con el debate legal sobre su legitimidad. Los críticos que querían restaurar la Constitución de la República Media se vieron tratados como extremistas, muy al margen de la corriente principal de la opinión legal.

El contraste entre la Reconstrucción y el *New Deal* fue el eje del segundo volumen de esta serie, *Transformaciones*, que preparaba el terreno para el presente estudio. Durante la revolución de los derechos civiles, la separación de poderes organizó una vez más un largo proceso de debate y toma de decisiones que culminó en un periodo en el cual los tres poderes reivindicaron una nueva visión del gobierno constitucional en nombre de Nosotros, el Pueblo. Pero había una gran diferencia: mientras que la Presidencia o el Congreso habían iniciado las rondas anteriores de política constitucional, esta vez fue el Tribunal Supremo el que tomó la iniciativa. *Brown v. Board of Education* puso el tema de la igualdad racial en el centro mismo de un gran debate generacional, obligando al presidente Dwight Eisenhower y al Congreso a afrontar cuestiones que de otro modo hubieran ignorado con mucho gusto.

El liderazgo del Tribunal Supremo apenas era suficiente para obtener el valioso sentimiento de apoyo amplio y movilizado requerido para conseguir el asentimiento de Nosotros, el Pueblo. Solo cuando el presidente Lyndon B. Johnson y su Congreso progresista introdujeron una serie de leyes-hito la promesa que contenía *Brown* se convirtió en una premisa fundamental de la república moderna.

La victoria de Lyndon B. Johnson en 1964 sobre Barry Goldwater desempeñó un papel fundamental, concediéndole un amplio mandato para ir más allá de la *Civil Rights Act* de 1964 y conseguir la aprobación de la *Voting Rights Act* de 1965 y la *Fair Housing Act* de 1968. Al final de su presidencia, los tres poderes se habían comprometido en un proceso colaborativo que extendió *Brown* más allá de la esfera de la educación pública en una escalada de iniciativas, que cambiaron radicalmente el significado constitucional de la igualdad.

Sin embargo, el futuro del régimen del *New Deal*-Derechos Civiles permaneció en duda cuando los estadounidenses acudieron a las urnas en 1968. Un presidente hostil podría haber utilizado fácilmente sus poderes para debilitar el consenso constitucional emergente, pero Richard Nixon se negó a hacerlo. Durante la campaña de 1968 Nixon dejó claro que no era George Wallace. Y cumplió su palabra al ocupar el cargo, firmando leyes que consolidaban las leyes-hito de la década de 1960 y apoyando las medidas administrativas que mejoraban su impacto. Nixon no era un vanguardista; en momentos cruciales se opuso activamente a los intentos burocráticos y judiciales de ampliar los logros de la década precedente, pero es un error presentarlo como un opositor intransigente. El apoyo real de Nixon al régimen del *New Deal*-Derechos Civiles le dio una base bipartidista, que situó su legitimidad más allá de todo cuestionamiento serio. Los sureños, que a comienzos de la década de 1960 enarbolaron argumentos perfectamente constitucionales en su denuncia de los Freedom Riders y de Martin Luther King Jr., se vieron enfrentados a opciones muy estrictas: podían callar, cambiar de opinión o ser tratados como unos excéntricos.

La mayoría cambió de opinión. Seguían siendo conservadores raciales, pero para ser creíbles adoptaron una nueva táctica. Ya no denunciaron más la revolución de los derechos civiles, sino que se dedicaron a manipular sus logros para conseguir sus propósitos: ¿Cuál era el significado real de *Brown*? ¿Era un mandato para proceder a un ataque general contra la subordinación racial o una prohibición más modesta del tratamiento diferencial por parte del Estado por cuestiones raciales? Los conservadores sureños eran de esta segunda opinión, pero aceptaron la legitimidad de *Brown* y las leyes-hito de la década de 1960 hasta un punto que habría resultado asombroso solo una década antes.

Las líneas generales de esta historia son familiares, pero sus implicaciones constitucionales son eliminadas por una fijación legalista en los dictámenes del Tribunal Supremo como fuente primordial de interpretación del significado constitucional de la revolución de los derechos civiles. Este enfoque proporciona un punto de partida plausible para entender los acontecimientos de la década de 1950, cuando el Tribunal, presidido por el juez Warren, era el único poder del Estado que hacía valer el liderazgo

constitucional. Pero la responsabilidad del liderazgo pasó al presidente y al Congreso –y lo que es más importante, al pueblo estadounidense– durante la década de 1960. Fue el Pueblo, no el Tribunal, el que consideró el ataque frontal de Goldwater a la *Civil Rights Act* de 1964 y respondió dando a Lyndon B. Johnson una victoria arrolladora. Fue el Pueblo, no el Tribunal, el que dio su apoyo sostenido a una amplia coalición bipartidista en Washington DC, que promulgó una serie de leyes progresistas a finales de la década de 1960 y comienzos de la siguiente, que redefinieron el significado constitucional de la igualdad.

Los estadounidenses del siglo XXI no deberían permitir que el Tribunal monopolizase su visión de la revolución de los derechos civiles. Deberían escuchar las voces de los *principales* portavoces del pueblo estadounidense – Martin Luther King Jr. y Lyndon B. Johnson, Hubert Humphrey y Everett Dirksen– negociando las nuevas condiciones de nuestro contrato social en la *Civil Rights Act*, la *Voting Rights Act* y la *Fair Housing Act*. Deberían situar la decisión colectiva de adoptar estas leyes en el marco de una historia más amplia de soberanía popular que empezó con *Brown* y terminó con los intentos de Richard Nixon y del Congreso de consolidar las leyes-hito durante la primera parte de la década de 1970.

Para elaborar este argumento desarrollaré la noción de *canon constitucional*: el corpus de textos que los profesionales con formación legal deberían situar en el centro mismo de su interpretación constitucional. Cuando los juristas modernos quieren concretar el sentido del legado dejado por la República Temprana, se centran en la Constitución original, los *Federalist Papers* y los dictámenes más famosos del Tribunal presidido por el juez Marshall, como *Marbury v. Madison*. Pero hasta ahora no han desplegado un canon igual de amplio al abordar la revolución de los derechos civiles. Se han contentado con basarse en sus propias y no muy bien recordadas experiencias para proporcionar el contexto susceptible de interpretar determinadas decisiones particulares del Tribunal Supremo. Pero a medida que la experiencia vivida se desvanece, la profesión tiene que hacer frente al carácter pasado del pasado.

Igual que el primer periodo de la Reconstrucción y el *New Deal*, la revolución de los derechos civiles solo será accesible por medio de las palabras impresas y de las parpadeantes imágenes de una época cada vez más distante. Si bien unos cuantos historiadores afortunados pueden pasarse el tiempo explorando archivos, juristas, jueces y legisladores no pueden permitirse este lujo, porque habitan el ámbito práctico de la toma de decisiones: los logros del pasado tienen que empaquetarse de una forma fácilmente legible para los hombres y mujeres realmente atareados que se encargan de mantener nuestra tradición constitucional. La canonización es una necesidad profesional.

Es también un peligro profesional. Al poner unos cuantos textos en el centro del debate legal, quienes toman las decisiones prácticas dejan otros muchos textos en la oscuridad, distorsionando inevitablemente el significado del pasado. Los constitucionalistas tendrían que ser conscientes de este peligro y esforzarse conscientemente por autocorregirse a lo largo del tiempo. La Primera Parte insta a la nueva generación a expandir el canon más allá de casos como *Brown* e incluye los debates y las decisiones que rodean las leyes-hito de la época. Defiende este planteamiento desarrollando tres líneas convergentes de argumentación.

El primer capítulo explora una alternativa más convencional a la inclusión de las leyes-hito. Si deseamos ir más allá de los casos del Tribunal, el objeto de consideración más obvio no son los códigos legales, sino las enmiendas constitucionales formales aprobadas en tiempos recientes. En nuestra teoría oficial de la formación del canon, estas enmiendas modernas son expresiones privilegiadas de Nosotros, el Pueblo. Así, pues, ¿por qué no basarnos en ellas, ignorando las leyes-hito, para completar nuestra comprensión del legado del siglo XX?

Para empezar, ha habido muy pocas enmiendas formales desde el nacimiento del régimen del *New Deal*. Esto podría no ser un problema si las que fueron aprobadas reflejasen adecuadamente los cambios fundamentales que tuvieron lugar durante el siglo XX. Pero como sugiere el primer capítulo, si los juristas se tomasen estas enmiendas en serio solo conseguirían generar unos relatos profundamente engañosos de los principios constitucionales que guían a la república moderna.

La mala comunicación sistemática es un defecto muy grave en la construcción de un canon. El objetivo de todo este ejercicio es facilitar a los profesionales con formación legal el uso de un pequeño conjunto de textos para generar ideas amplias y profundas en nuestros acuerdos de gobierno, lo cual no sucederá si enfocamos nuestro reflector analítico sobre unos textos que llevan a un callejón sin salida. Aunque las enmiendas modernas forman indudablemente parte de nuestro canon oficial, no pueden funcionar como una fuente de ideas sin una buena cantidad de suplementación.

Los juristas modernos ya lo admiten. Pese a su estatus oficial como compromisos solemnes de Nosotros, el Pueblo, las enmiendas modernas son generalmente ignoradas por los juristas; incluso muchos profesores de Derecho constitucional suspenderían un examen sorpresa sobre, por ejemplo, la Vigesimocuarta Enmienda. (¡No, no es la que da derecho a los residentes en el Distrito de Columbia a votar en las elecciones presidenciales!)

En cambio, los juristas sí se toman en serio las leyes-hito de la era de los derechos civiles, pero no las tratan como una fuente de principios *constitucionales*. Al fin y al cabo, se dicen unos a otros, la *Civil Rights Act*

se considera una ley normal, y las leyes normales simplemente no tienen el prestigio especial de la normativa de carácter superior reservado a las enmiendas formales efectuadas de acuerdo con el Artículo Cinco.

Mi segundo argumento rechaza este prejuicio formalista. Los constitucionalistas tienen que reconocer que determinadas leyes-hito hunden efectivamente sus raíces en juicios considerados del pueblo, y que son estas leyes, no las enmiendas formales, las que proporcionan el vehículo primario para la expresión legal de la soberanía popular en el siglo XX.

Ya he mencionado el punto clave: mientras que el Artículo Cinco depende de un diálogo entre las asambleas legislativas nacional y estatales para revisar la Constitución, la era de los derechos civiles se basaba en la separación de poderes entre el Congreso, la Presidencia y los Tribunales para expresar la voluntad soberana de Nosotros, el Pueblo.

Pero será necesario mucho más para hacer convincente este punto. Los capítulos 2, 3 y 4 consideran las diversas fases del proceso de debate colectivo y toma de decisiones –desde la intervención del Tribunal Supremo en *Brown*, pasando por los debates fundamentales acaecidos durante la década de 1960, hasta los actos finales de consolidación durante los años de Nixon– y proporcionan una minuciosa comparación con los intentos hechos por generaciones anteriores de hablar en nombre del Pueblo mediante la separación de poderes.

Aquí es donde mis estudios anteriores son útiles, porque contienen un análisis sostenido de los precedentes históricos dejados atrás por la Reconstrucción, el *New Deal* y otros puntos de inflexión cruciales de la historia estadounidense en los que la separación de poderes fue efectivamente útil para obtener la autoridad constitucional necesaria para hablar con la voz de Nosotros, el Pueblo. Juzgada desde estos precedentes, la revolución de los derechos civiles emerge como uno de los ejercicios más fructíferos de política constitucional de la historia estadounidense. Los juristas, jueces y estadistas del siglo XXI no hacen honor a este logro si se niegan a canonizar los principios de las leyes-hito que lo expresan.

Mis dos primeros argumentos tienen que ver con un problema central en la formación del canon. Cada canon es necesariamente selectivo y ofrece a la profesión legal tanto la perspectiva de la intuición como la de la ceguera. El reto consiste en maximizar la primera y minimizar la segunda. Un canon de derechos civiles que hace énfasis en las enmiendas formales de la era moderna nos condena a la ceguera (argumento 1), pero un canon que abraza las leyes-hito centra el debate profesional en la cuestión correcta (argumento 2): ¿cuáles fueron los principios surgidos de los continuos intentos llevados a cabo por individuos como King, Johnson, Nixon y Dirksen para obtener la autoridad institucional necesaria a fin de expresar la voluntad del Pueblo?

El hecho de hacer la pregunta adecuada no significa que estemos todos de acuerdo en la misma respuesta. Sin embargo, es mucho mejor que argumentar acerca de la pregunta incorrecta, una pregunta que nos ciega ante los mayores logros de la generación de los derechos civiles. Esta es mi primera conclusión.

La Primera Parte concluye con un argumento final a favor de la canonización de las leyes-hito. Hasta este punto he estado considerando una dificultad fundamental a la que tendrán que hacer frente los juristas reflexivos del siglo XXI. Mientras alcanzan la madurez profesional, se sumergen en una rica tradición de logros constitucionales que se remontan a varios siglos atrás. Si desean prolongar esta tradición tienen que llegar a entenderla. No pueden esperar el sólido desarrollo de una doctrina constitucional si se condenan ellos mismos a la ceguera desde el principio, dejando las leyes-hito de la revolución de los derechos civiles en la penumbra.

Mi tercer argumento toma un cariz original. No trata de las dificultades interpretativas de la nueva generación. Se centra, por el contrario, en las perplejidades de los estadounidenses del siglo XX, que se movilizaron a favor del gran avance igualitario de la década de 1960. ¿Qué pensaban *ellos* que estaban haciendo cuando forjaban los términos de sus leyes-hito? ¿Suponían que las grandes leyes de los derechos civiles y del derecho al voto podían servir legítimamente como los equivalentes funcionales de las enmiendas del Artículo Cinco?

Grandes cuestiones, pero el hecho de que sean importantes para los canonizadores de hoy no significa que fueran importantes para los legisladores del siglo XX. El pecado original del originalismo es olvidar este sencillo punto. Es muy fácil rastrear los archivos recogiendo declaraciones al azar sobre uno u otro tema que sea importante para nosotros. Pero es erróneo suponer que una opinión amplia e indiscriminada desempeñó un papel central en el debate de una era anterior. Cuando esta evidencia es ignorada, el resultado es una «historia de bufete legal»: el estudioso emerge con una serie de observaciones individuales que según supone erróneamente, representan el juicio *meditado* de Nosotros, el Pueblo de Estados Unidos alcanzado en un periodo anterior de cambio trascendental. Los constitucionalistas serios deberían rechazar esta tentación. Deberían enfrentarse al hecho de que el pasado ni siquiera intentó responder muchas de nuestras preguntas más importantes.

Pero en ocasiones una batalla particular de un día anterior *sí* consigue proyectar un poco de luz. Algunas veces la generación originadora se centra en un problema interpretativo actual con la necesaria seriedad constitucional y, cuando esto ocurre, ciertamente hemos de prestar atención.

He encontrado una batalla por los derechos civiles que satisface estas rigurosas condiciones y que sirve de base para mi argumento final a favor de la canonización de las leyes-hito. Implica el intento exitoso de abolir el impuesto de capitación como requisito para ejercer el derecho al voto, que había impedido votar a millones de blancos y negros durante generaciones sin suscitar ninguna queja constitucional seria. Este impuesto de capitación fue eliminado en la década de 1960 gracias a la acción conjunta del Congreso, el Presidente y el Tribunal Supremo.

La historia es importante por derecho propio, pero este no es el motivo de que yo la haya colocado en primer plano. Merece atención porque, mediante una notable concatenación de acontecimientos, el problema de este impuesto obligó a las principales figuras de la época a hacer frente a nuestra cuestión analítica central: ¿en qué medida puede una ley-hito hacer las veces de alternativa legítima de una enmienda formal del Artículo Cinco a la hora de expresar los juicios meditados de Nosotros, el Pueblo?

Como veremos, esta cuestión contiene la clave de la aprobación de la *Voting Rights Act* de 1965, la ley que revolucionaría la democracia sureña. En consecuencia, una amplia gama de protagonistas se la tomó muy, muy en serio, desde Martin Luther King Jr. a Lyndon B. Johnson, desde la National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) al Departamento de Justicia, y desde los Demócratas sureños a los progresistas contrarios a la discriminación racial del Congreso. Con la suerte de su reforma revolucionaria colgando de un hilo, el presidente y el Congreso, con la ayuda crucial de King, alcanzaron una respuesta de gran importancia: repudiaron conscientemente la idea de que el Artículo Cinco tuviese que monopolizar la producción normativa de carácter superior y optaron, en cambio, por utilizar su ley hito para que funcionase como motor del cambio constitucional en nombre del pueblo estadounidense.

Redescubriendo la trascendencia original de esta decisiva elección, la Primera Parte concluye con una conclusión articulada en tres partes: no solo las enmiendas formales del periodo moderno no logran iluminar principios constitucionales básicos del régimen del *New Deal*-Derechos Civiles (capítulo 1), sino que las leyes-hito representan efectivamente los juicios meditados de Nosotros, el Pueblo, tal y como fueron mediadas por el funcionamiento de la separación de poderes a lo largo de dos décadas (capítulos 2-4);finalmente, los líderes de la revolución de los derechos civiles así lo entendieron y afirmaron, postulando que las leyes-hito eran una alternativa legítima al Artículo Cinco por cuanto expresaban el juicio meditado de Nosotros, el Pueblo (capítulos 5 y 6).

Así pues, ¿no es hora ya de que los constitucionalistas tomen el testigo y confieran a estas leyes un lugar central en el canon de los derechos civiles?

* * * * *

La segunda parte da un paso más y utiliza las leyes-hito como trampolín para reflexionar sobre los principios constitucionales que las animan heredados del siglo XX. Como antes, mi tarea será proponer una definición del canon centrada en el juez, una definición que se basará exclusivamente en los dictámenes del Tribunal Supremo presidido primero por Warren y luego por Burger como fuente definitiva de interpretación legal.

Para los observadores del Tribunal, el significado perdurable de la revolución de los derechos civiles es una serie de reinterpretaciones –demoledoras de los precedentes– de las Enmiendas de la Reconstrucción, empezando por *Brown* y terminando (más o menos) con *Roe*. Los otros actores clave del régimen –presidente, Congreso, votantes– entran como actores secundarios, reforzando u oponiéndose a la senda de transformación constitucional trazada por el Tribunal.

Mi énfasis en las leyes-hito proporciona una perspectiva diferente. Si bien no puede negarse el papel de liderazgo del Tribunal en la década de 1950, sus relaciones con los principios estipulados en las leyes-hito es más compleja y lo es de una forma no reconocida por los relatos centrados en el mismo.

De acuerdo con la historia estándar, *Brown* inicia un gran debate entre los magistrados, ya que el Tribunal avanza más allá de *Brown* hacia casos posteriores que generan unas teorías mucho más importantes sobre la protección igual. Seguimos a la mayoría y a la minoría a lo largo de las décadas mientras discuten si la Constitución tiene un propósito discriminatorio o un efecto discriminatorio, si se muestra ciega ante la cuestión del color de la piel o permite la acción afirmativa.

Pese a lo enconadas que son las discrepancias, los principales protagonistas están de acuerdo en un punto: las respuestas correctas, sean las que sean, han de aplicarse de un modo general, regulando todos los aspectos del compromiso del Estado con la sociedad en general.

Una vez que introducimos las leyes-hito en este marco, este enfoque unidimensional parece muy dudoso. Estas leyes dividen conscientemente el mundo en diferentes esferas vitales: establecimientos públicos, educación, empleo, vivienda, votación. Imponen regímenes diferentes a esferas diferentes, centrándose en pautas estadísticas que sugieren un tratamiento desigual por lo que respecta al voto, basándose en un estándar intencional en el caso de los restaurantes y desarrollando posturas intermedias en otras áreas. Insisten en una interpretación mucho más contextual del significado constitucional de la igualdad en diferentes esferas de la vida política y social.

El relato centrado en los jueces también subraya una limitación fundamental en el alcance del compromiso constitucional estadounidense con la igualdad (se entienda como se entienda). Basándose en las decisiones

del Tribunal Supremo del siglo XIX, los constitucionalistas siguen considerando que la Cláusula de Protección Igual se extiende solamente a las acciones del Estado y no constriñe los actos de las partes privadas.

Esta perogrullada legal es inmediatamente desafiada por las leyes-hito. La *Civil Rights Act* de 1964, por ejemplo, *solo* impuso una prohibición en la discriminación por parte de los patronos privados y no cambió las leyes que regían en el sector público. Esto es precisamente lo contrario de lo que postula la doctrina estándar, que aísla a los actores privados de los principios igualitarios pero los impone rigurosamente a todos los actores estatales. La *Fair Housing Act* de 1968 planteó el mismo reto a la sabiduría convencional, imponiendo una prohibición general a la discriminación en el mercado inmobiliario privado que constituye una burla a las limitaciones tradicionales.

La restricción de la acción del Estado simplemente no tiene sentido en la Constitución viva, tal como se expresa en las leyes-hito. Como veremos, el Tribunal de Warren entendió bien este punto. Estuvo a punto de despachar la doctrina de la acción del Estado en su dictamen de 1964 en *Bell v. Maryland*, pero se abstuvo en el último minuto dado que el Congreso estaba preparado para asumir el liderazgo en esta cuestión con la *Civil Rights Act*. La comunidad legal actual utiliza la deferencia de *Bell* con el Congreso como una excusa para pretender que la doctrina de la acción estatal del siglo XIX permanece intacta.

Un nuevo canon para el siglo XXI inaugura un punto de vista diferente. Oiremos a Humphrey, Dirksen, Johnson y King desarrollar nuevos principios constitucionales que el Tribunal de Warren y sus sucesores no supieron transmitirnos. Estos líderes políticos situaron el problema de la *humillación institucionalizada* en el centro del problema del racismo en Estados Unidos. La práctica de la escolarización segregada era solo un caso especial de un mal más general: la perpetración sistemática de «sentimientos de inferioridad», para recordar la famosa formulación de Warren en *Brown*. Durante la década de 1960, las leyes-hito generalizaron la lógica de Warren prohibiendo la humillación institucional en otras esferas cruciales de la vida y dejando sin efecto las prácticas excluyentes en los establecimientos públicos, en los empleos privados y en el mercado inmobiliario privado. Adoptando estas acciones decisivas, el Congreso y el presidente iban mucho más allá de la estrecha versión de la responsabilidad estatal heredada de la Reconstrucción Republicana, exigiendo que tanto los actores privados como los funcionarios estatales aceptasen unas amplias responsabilidades para hacer realidad los principios de la igualdad constitucional.

Recuperar esta preocupación característica por la humillación sirve para introducir un aspecto mayor del legado de los derechos civiles: su

intento de construir una jurisprudencia genuinamente sociológica. La Segunda Reconstrucción no se contentó con la creación de unos derechos legales abstractos. Intervino decisivamente en el mundo real para eliminar la humillación sistemática. Si la próxima generación ha de permanecer fiel a este gran logro, ha de reflexionar más profundamente sobre el significado de la humillación institucional y su relación con la ley. Mi discusión en el capítulo 7 tiene como objetivo iniciar este necesario debate.

Paso luego a otro rasgo característico de las leyes-hito. Lo llamaré el «gobierno por los números»: en vez de basarse en las fórmulas verbales de la tradición legal clásica, las leyes a menudo se basaron en objetivos tecnocráticos y numéricos para obtener ganancias igualitarias en el mundo real. A veces, esta preocupación por los indicadores cuantitativos muy precisos chocaba con un énfasis más cualitativo en la humillación, que también servía como principio organizador; como veremos, este conflicto era más agudo en la esfera de la educación pública. Pero a un nivel más profundo, las preocupaciones por la calidad y la cantidad expresaban la misma aspiración dominante: colmar la brecha existente entre la normativa jurídica promulgada y su aplicación en la vida cotidiana de una forma que constituya una diferencia real en la vida social.

Las raíces constitucionales del «gobierno por los números» son profundas, remontándose a la regulación del ferrocarril por la Comisión Interestatal del Comercio en 1887. Con el *New Deal*, los principales actores económicos habían adoptado la costumbre de someter grandes cantidades de datos al Civil Aeronautics Board, a la Federal Communications Commission, a la Securities and Exchange Commission, y a un sinnúmero de otras agencias especializadas. Pero seguía habiendo silencio acerca de una cuestión fundamental: el tratamiento de los negros y de otras minorías. En la medida en que los sureños blancos desempeñaron un papel clave en la coalición del *New Deal*, los temas raciales quedaron fuera de la agenda legislativa. Pero las leyes-hito de la década de 1960 hicieron estallar en pedazos la coalición del *New Deal*, con los Demócratas progresistas del Norte y los Republicanos moderados contrarios a la discriminación racial aliados para desbaratar la resistencia racista de los Demócratas del Sur.

Con este avance, la emergente coalición por los derechos civiles adaptó la tradición del *New Deal* del «gobierno por los números» para alcanzar sus objetivos igualitarios. Considérese el derecho al voto. Desde el *New Deal*, los tribunales federales habían estado luchando para garantizar el derecho al voto de los negros en el sur del país y habían fracasado de manera lamentable. Si la *Voting Rights Act* de 1965 hubiese seguido esta tradición también habría fracasado. Así, pues, sus redactores adoptaron un método diferente, especificando unos criterios numéricos muy claros que identificaban claramente aquellos estados y localidades que habían negado

sistemáticamente el derecho al voto a los negros, y que proporcionaban los mecanismos administrativos y judiciales que obligaban a abrir las urnas a todos los ciudadanos que cumpliesen los requisitos legales. El «gobierno por los números» no desempeñaba meramente una función tecnocrática, operaba como símbolo de determinación para que se hiciese el trabajo.

Esta afirmación simbólica estaba profundamente arraigada en la cultura constitucional del *New Deal*. Del mismo modo que un enfoque tecnocrático permitió a la Securities and Exchange Commission o a la Social Security Administration realizar avances en la economía del mundo real, el ejercicio de la *Voting Rights Act* en el «gobierno por los números» permitió hacer avances en la democracia en el Sur. Veremos desarrollos similares en la discriminación en el empleo y en otras esferas: una y otra vez, el gobierno por los números sirvió como muestra de seriedad constitucional en el régimen ascendente del *New Deal*-Derechos Civiles.

Los tribunales jugaron un papel complejo en este desarrollo, a veces promoviendo el nuevo régimen, a veces debilitándolo. Pero reservo estas complejidades para la Segunda Parte, que comparará y contrastará iniciativas en cuatro ámbitos de desigualdad marcados por las leyes-hito: establecimientos públicos, voto, empleo y vivienda. El Congreso y el presidente, junto con los tribunales y las agencias ejecutivas, tuvieron que hacer frente a diferentes problemas al erradicar la humillación sistemática en cada uno de estos ámbitos y utilizaron diferentes combinaciones de principios legales y tecnocráticos para lograr el tratamiento igual en el mundo real.

Esta complejidad fundamental, sin embargo, no se ve reflejada en las fórmulas de planteamiento único, que resumen la sabiduría convencional actual. La doctrina judicial actual se centra cada vez más en acciones del Estado que categorizan a las personas por su raza o por otras «clasificaciones sospechosas». Si los funcionarios gubernamentales evitan el uso de dichas clasificaciones, pueden esperar evadir el escrutinio judicial. Únicamente el uso de las categorías sospechosas desencadena una demanda para la elaboración de un interés estatal convincente. Estos fáciles formalismos no hacen justicia a los logros característicos de la Segunda Reconstrucción, que obligaron al gobierno estadounidense a ir más allá de la igualdad abstracta y a obtener resultados en el mundo real en ámbitos fundamentales de la vida social y política.

Pero si estoy en lo cierto respecto a la doctrina existente, esto solo plantea otro enigma: ¿cómo es que juristas y jueces han conseguido desplazar los significados centrales de la Segunda Reconstrucción?

La Tercera Parte aborda esta cuestión analizando la evolución doctrinal en dos dominios clave (e interrelacionados): la educación pública y los matrimonios interraciales. En contraste con los ámbitos examinados

en la Segunda Parte, el presidente y el Congreso se negaron a asumir el liderazgo constitucional en estos asuntos durante la totalidad de la era de los derechos civiles. Planteaban temas que eran demasiado polémicos para que pudieran gestionarlos los políticos y se contentaron con dejar que los tribunales soportasen la presión mientras buscaban soluciones que podían obtener el consentimiento popular. Seguiremos el sinuoso camino tomado por los jueces en esta búsqueda y mostraremos cómo su paso al legalismo contribuyó a aislarlos de la reacción política que podía haber acabado con su independencia judicial.

Cincuenta años después, personas razonables siguen discrepando sobre la forma en que los Tribunales de Warren y de Burger resolvieron las paradojas del liderazgo constitucional. Pero no hemos de dejar que estas discrepancias nos distraigan de algo más importante: hubo otras muchas áreas en las que los primeros pasos del Tribunal presidido por Warren *no* fueron tan polémicos pero sirvieron para provocar un amplio movimiento popular, que se expresó en la aprobación de las leyes-hito de la revolución de los derechos civiles. El capítulo 14 reflexiona sobre el legado constitucional más amplio dejado por Earl Warren y Dwight Eisenhower, Martin Luther King Jr. y Lyndon Johnson, Hubert Humphrey y Richard Nixon mientras trataban de expresar la voluntad de Nosotros, el Pueblo. Pero de momento es más importante reflexionar sobre un obstáculo fundamental que impide a la profesión llevar a cabo esta gran misión. Dicho simplemente, juristas y jueces se han acostumbrado a representar a los estadounidenses del siglo XX como pigmeos políticos, cuyos mayores logros no pueden ni compararse con los de sus ilustres antecesores. Me referiré a esto como *el problema del siglo XX* e instaré al lector a considerarlo como un tema urgente que merece ser objeto de un debate sostenido.

Para que se entienda mi punto de vista, contrástese el tratamiento convencional de la Fundación y la Reconstrucción con el *New Deal* y la revolución de los derechos civiles. Juristas y jueces no tienen ningún problema en afirmar que James Madison y George Washington llevaron al Pueblo a refrendar las reformas revolucionarias establecidas en la Constitución original, o que Abraham Lincoln y John Bingham hicieron lo propio al formular las Enmiendas de la Reconstrucción. Pero actualmente niegan un estatus similar a Franklin D. Roosevelt y a Robert Wagner, o a Lyndon B. Johnson y a Martin Luther King Jr. No somos Nosotros, el Pueblo, sino Nosotros, los Jueces quienes somos los protagonistas de las historias que contamos acerca de estas revoluciones contemporáneas. En vez de estudiar las palabras y los hechos de los líderes políticos de la nación, los juristas se centran en las muy notables formas con que el Tribunal Supremo de las décadas de 1930 y 1960 consiguió dar un nuevo significado a los textos que les habían legado los gigantes de los siglos XVIII y XIX.

Pero la sutileza y la complejidad de este debate ha facilitado que se olviden de su premisa básica: de un modo u otro, los estadounidenses perdieron su voz constitucional en el transcurso del siglo XX, dejando que los tribunales hablasen por ellos.

La soberanía popular ha muerto en Estados Unidos: esta es la asunción tácita que guía el debate jurídico sobre la herencia constitucional del siglo XX.

Una verdad amarga, si fuera cierta.

Pero no lo es.

No niego en absoluto los logros reales de los Federalistas de la Fundación y de los Republicanos de la Reconstrucción. Pero la época moderna no representa un periodo de decadencia respecto a los grandes logros populares del pasado lejano. Se caracteriza, en cambio, por unos episodios en los que los grandes líderes políticos estadounidenses consiguieron renovar la tradición constitucional de soberanía popular del país. De hecho, en muchos sentidos, el *New Deal* y la revolución de los derechos civiles tuvieron más éxito que sus predecesores a la hora de generar un amplio consenso popular a favor de sus reformas radicales.

Empecemos por lo obvio: Nosotros, el Pueblo éramos representados en tiempos anteriores por hombres blancos. Solo durante el siglo XX, primero las mujeres y luego los negros empezaron a asumir un papel importante en la construcción constitucional. Y lo que no es menos importante: los Federalistas de la Fundación y los Republicanos de la Reconstrucción conquistaron el consenso movilizado de sus compatriotas estadounidenses por el más estrecho de los márgenes electorales. Aunque hablaban el lenguaje de Nosotros, el Pueblo, apenas conseguían hacer lo que predicaban. Nunca estará claro si los votantes que acudieron a las urnas a elegir delegados para las convenciones de ratificación estatales dieron una mayoría de sus votos a los Federalistas o a los Antifederalistas[2]. Igualmente, los Republicanos de la Reconstrucción tenían solo a una estrecha mayoría de sus compatriotas detrás de ellos cuando impusieron la ratificación de la Decimocuarta y la Decimoquinta Enmiendas en las asambleas legislativas sureñas con ayuda del Ejército de la Unión y un amplio surtido de diversas técnicas de mano dura[3] .

Compárese esto con la revolución del *New Deal*. Si ha habido un movimiento político en la historia estadounidense que hablase decisivamente en nombre de Nosotros, el Pueblo, este ha sido el Partido Demócrata dirigido

---

[2] Véase B. Ackerman, *We the People, Transformations*, vol. 2, Cambridge (MA), The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, pp. 437-439, notas 34, 38, [ed. cast.: *Whe the People. Transformaciones*, vol. 2, Madrid, Traficantes de Sueños, 2016].

[3] *Ibid*., pp. 99-278.

por Franklin D. Roosevelt. El rechazo del *laissez-faire* por parte del *New Deal* y su afirmación de un gobierno nacional intervencionista obtuvieron el consentimiento movilizado de unas mayorías abrumadoras en cada región y en cada clase; no solo una vez, ni dos, sino repetidamente, elección tras elección durante las décadas de 1930 y 1940. Si bien el movimiento liderado por King y por Johnson nunca obtuvo el mismo respaldo abrumador, sus mayorías fueron mucho más amplias y tuvieron una base mucho mayor que nada de lo conseguido por el partido de Lincoln después de la Guerra Civil. Desde cualquier planteamiento realista de la soberanía popular, las revoluciones del siglo XX representan éxitos mayores que los cosechados por sus predecesores en los siglos XVIII y XIX.

Lo mismo vale cuando juzgamos estas revoluciones desde el punto de vista de su triunfo final. Los Fundadores trataron de construir una Unión estable de estados libres y esclavistas que pudiesen controlar conjuntamente el desarrollo económico del Nuevo Mundo. Tras atravesar una serie de crisis, la empresa de la Fundación se desplomó en medio de la guerra más sangrienta librada en el mundo occidental entre 1815 y 1914. El descenso hacia la guerra civil, además, se vio exacerbado por rasgos presentes en el diseño de la Fundación[4].

Las aspiraciones centrales de la Reconstrucción se hicieron añicos aún más rápidamente. En una sola generación, la causa de los derechos civiles de los negros había sido confiada a la piedad de los blancos del Sur. A comienzos del siglo XX, la Decimocuarta y la Decimoquinta Enmiendas frustraron las esperanzas del Congreso de la Reconstrucción de comprometer al pueblo en una nueva era de igualdad.

En cambio, los logros centrales del *New Deal* se han mantenido por sí mismos durante setenta y cinco años. La Seguridad Social y las agencias reguladoras del *New Deal* han servido como precedentes del desarrollo posterior del Estado del bienestar intervencionista, al hilo de la creación de Medicare, que se ligó a la Seguridad Social, de la Environmental Protection Agency, la Securities Exchange Commission e innumerables otras agencias especializadas, que tratan de poner coto a los abusos del capitalismo de libre mercado.

Del mismo modo, la Segunda Reconstrucción ya ha superado la prueba del tiempo mejor que su predecesora del siglo XIX. Cincuenta años después de su aprobación, la *Civil Rights Act* de 1964 sigue siendo el eje de la Constitución viva; en un momento comparable de la historia, la *Civil Rights Act* de 1875 ya había sido declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo. Es más, el triunfo decisivo de la justicia racial en la década de 1960

---

[4] Véase B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers*, Cambridge (MA), The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

preparó el terreno para los posteriores movimientos igualitarios de mujeres, homosexuales y discapacitados registrados durante la última generación.

Sin embargo, el régimen del *New Deal*-Derechos Civiles está siendo actualmente atacado. El Tribunal de Roberts apenas permitió sobrevivir a la *Affordable Care Act* y ha atacado directamente uno de los puntos clave de la *Voting Rights Act*, obligando al Congreso a reactivar la ley si desea permanecer fiel al legado de la era de los derechos civiles.

Tales decisiones serían impensables si la comunidad legal reconociese las revoluciones del *New Deal* y de los derechos civiles por lo que son: el mayor logro en el campo de la producción normativa de carácter superior del pueblo estadounidense durante el siglo XX. Solo un compromiso profesional con el formalismo bloquea un encuentro con esa verdad de sentido común. Según este punto de vista familiar, la única forma en que Nosotros, el Pueblo puede hablar es mediante las formas especificadas por el Artículo Cinco. Si los estadounidenses y sus representantes electos eligen redefinir sus compromisos constitucionales fundamentales de un modo diferente, tanto peor para ellos. Es la forma, no la sustancia, de la soberanía popular lo que realmente importa. Dada la ausencia de enmiendas aprobadas a tenor del Artículo Cinco, los formalistas están dispuestos a defender las decisiones del Tribunal de Roberts, que ignoran las contribuciones fundamentales de Nosotros, el Pueblo en el siglo XX.

La Primera Parte aborda este prejuicio formalista. Jugaremos una partida de alto riesgo. Es algo muy serio que la profesión legal cuente la historia de la decadencia y caída de la soberanía popular en Estados Unidos cuando, de hecho, el siglo XX ha sido testigo de su renacimiento y revitalización. Este relato no solo tergiversa nuestro pasado, sino que empobrece nuestro futuro. Si los estadounidenses han perdido realmente su capacidad de hablar en nombre del Pueblo en el siglo XX, ¿por qué debería ser diferente el siglo XXI?

Esta es la cuestión más importante planteada por la escuela de los originalistas constitucionales liderada por los magistrados Antonin Scalia y Clarence Thomas en el Tribunal Supremo. Tomada en serio, su llamada a purificar el canon centrándose exclusivamente en el texto de 1787 y en las enmiendas aprobadas de acuerdo con el Artículo Cinco no solamente fortalece las tendencias formalistas ya evidentes en la jurisprudencia moderna; representa nada menos que un esfuerzo elitista de borrar el legado constitucional dejado por nuestros padres y nuestros abuelos cuando libraron y ganaron las grandes batallas populares del siglo XX.

Este libro señala el camino hacia un futuro diferente.

PRIMERA PARTE
DEFINIR EL CANON

I
¿SOMOS UNA NACIÓN?

Sonó el teléfono y se inició una conversación familiar. Desde 1989 el Departamento de Estado me ha importunado para que forme parte de una delegación para aconsejar a uno u otro país sobre su transición constitucional a la democracia. Pero yo me negaba y me negaba: no habría viaje de placer para mí a costa del contribuyente, ni manifestaciones de ignorancia frente a unos políticos que no conocía en unos países que apenas entendía.

Una vez más escuché una voz con acento del Medio Oeste al otro extremo de la línea telefónica, hablando con suficiencia en nombre del asistente especial del asistente del segundo asistente adjunto del secretario de Estado. Esta vez, me aseguró, la cosa sería completamente diferente.

El Departamento de Estado no me estaba pidiendo que colaborase en la redacción de una constitución en un idioma que yo era incapaz de leer. Me estaba invitando a participar en un seminario mano a mano con el gran Akhil Alfarabi, un gran conocedor de las tradiciones legales europea e islámica, que deseaba ampliar su comprensión del derecho constitucional estadounidense. Simplemente un intercambio intelectual de experiencias, me garantizó aquella risueña voz; ya era hora, decía, de tender puentes sobre la aterradora caverna que separa a los grandes sistemas legales del mundo. Y solo me estaban solicitando una semana de mi tiempo.

¿Y por qué no?, me dije, y poco después me encontraba, aún aquejado por el *jet lag*, saludando a un sonriente Alfarabi en un lugar no revelado. Tras beber un sinnúmero de tazas de té iniciamos una seria conversación por donde yo siempre empiezo: con la Constitución escrita, que arranca con las palabras «*We The People*» y avanzando por ella hasta el final del texto.

Un diálogo

Alfarabi era realmente un maestro en el arte de elaborar principios legales profundos a partir de textos lapidarios, y escuchó atentamente mientras yo le presentaba las famosas palabras legadas por la Fundación y la

Reconstrucción americanas. Tras un par de días de gozosa conversación, pasamos a la etapa final: los textos del siglo XX. Pero Alfarabi se estaba impacientando y se mostraba un tanto resentido pensando que yo le estaba tratando como a un estudiante brillante de primer año. «¿Qué tal si intercambiamos los papeles», me sugirió, «y soy yo el que interpreta las últimas enmiendas constitucionales?».

En honor a la verdad, yo albergaba algunas dudas al respecto; pese a su erudición, Alfarabi no tenía ni la menor idea de la historia estadounidense. Pero al fin y al cabo yo tampoco tenía la menor idea de la historia de su país, y esto no me había impedido mantener con él una gran conversación.

¿Por qué no?, me dije, vislumbrando el fantasma de John Dewey dando enérgicamente su aprobación. «Hemos llegado a la Vigesimoprimera Enmienda. ¿Qué cree usted que significa?».

«Bien, estamos en 1933 y Franklin D. Roosevelt acaba de llegar al cargo. Es el que anunció el *New Deal*, ¿no?».

Acogí su respuesta con entusiasmo, como suelo hacer, y me quedé muy aliviado al comprobar que él conocía la historia de mi país mejor que yo la del suyo.

«Y hablando de la enmienda», dijo Akhil, «ya veo por qué lo llaman el *New Deal*. Como musulmán me parece lamentable que se revoque la prohibición del alcohol, pero desde el punto de vista de un jurista es obvio que está sucediendo algo muy importante: Nosotros, el Pueblo está exigiendo una drástica reducción de unos planes reguladores federales excesivamente ambiciosos. El principio constitucional general está muy claro: la era del gran gobierno ha terminado», dijo Alfarabi muy seguro de sí, pues los grandes juristas siempre están muy seguros de sí mismos.

Antes de que yo tuviera tiempo de decir nada, Akhil ya había pasado a la siguiente enmienda. «Esta Vigesimosegunda Enmienda», explicó triunfalmente, «no hace sino confirmar mi interpretación. Fue promulgada cuando Harry Truman estaba en la Casa Blanca –¿acaso no era un fiel seguidor de Roosevelt?– y el texto pone de manifiesto que el pueblo está avanzando en la buena dirección marcada por el *New Deal* rooseveltiano. En 1933 repudiaron el gran gobierno; ahora estaban reduciendo la presidencia imperial limitando a los titulares a dos mandatos en el cargo. No cabe duda acerca del punto esencial: adiós, gran gobierno; adiós, presidencia imperial. Era realmente un nuevo pacto».

Sonreía abiertamente, seguro en su dominio de las técnicas interpretativas que le había enseñado yo cuando leíamos los grandes textos estadounidenses de los siglos XVIII y XIX. Pero yo hice una nueva pausa antes de responder, y Alfarabi se apresuró a continuar.

Mientras farfullaba algo acerca del Distrito de Columbia, yo eché un vistazo con aprensión a la Vigesimocuarta Enmienda, que prohíbe a los estados y al gobierno nacional los impuestos comunitarios de capitación en las elecciones federales. Este es el único texto moderno que apunta a una preocupación de la revolución de los derechos civiles por la justicia racial. ¿Captaría Alfarabi el tema?

Sí, nada escapaba a su inquisitiva mente, aunque su lectura enfatizaba el significado más elemental del texto. Por primera vez en la historia estadounidense, esta enmienda condena explícitamente la discriminación por la riqueza, y Alfarabi cogió el testigo y siguió corriendo: «Si el gobierno no puede introducir un impuesto a la hora de votar, seguramente tampoco podrá imponer cargas a otros derechos fundamentales de la ciudadanía. Así que la cuestión planteada por la Vigesimocuarta es obvia: ¿cómo definir la gama de intereses básicos protegidos frente a la odiosa discriminación económica?».

«Nunca había pensado en ello», farfullé, pero Akhil seguía avanzando y cuando llegó a la Vigesimosexta Enmienda, que garantiza el derecho al voto a partir de los dieciocho años, empezó a atar cabos al estilo estadounidense. «¿Cuál es –preguntó– el hilo que une la prohibición de la discriminación en el voto de los adolescentes con la prohibición de la discriminación en el voto de la gente pobre?»[1].

Echó una rápida mirada al texto para ver si las restantes enmiendas contenían la respuesta, pero se quedó atónito al ver que había llegado al final del viaje. Había pasado casi medio siglo desde la promulgación de la Vigesimosexta Enmienda en 1971, y el pueblo estadounidense no había añadido absolutamente nada al texto, a menos que incluyamos una extraña disposición menor, propuesta inicialmente en 1789, olvidada durante casi dos siglos, y luego resucitada y ratificada por los estados en 1992, prohibiendo a los miembros del Congreso subirse inmediatamente sus salarios[2].

«¡Vaya!», dijo Alfarabi. «Imagino que no han sucedido muchas cosas desde la histórica lucha de los adolescentes por su derecho al voto. De todos modos, creo que ahora estoy en condiciones de formular la cuestión básica planteada por la moderna era de desarrollo: ¿cómo puede un gobierno federal débil, con una presidencia escarmentada, hacer justicia al rechazo del Pueblo de la discriminación por la riqueza y su categórico respaldo a los derechos de los adolescentes?».

«No es así como los estadounidenses pensamos acerca de nuestro legado del siglo XX», dije suavemente.

---

[1] Véase Akhil Amar, «Intertextualism», *Harvard Law Review*, vol. 112, 1999, p. 747.

[2] Véase Sanford Levinson, «Authorizing Constitutional Text. On the Purported Twenty-Seventh Amendment», *Constituttional Commentary*, vol. 11, 1994, pp. 101-108.

«¿De veras?», preguntó Alfarabi. «¿Dónde está el error?».

«En el hecho de tomarse estas enmiendas tan en serio y en considerarlas como la fuente de nuevos y grandes principios».

«Pero esto es precisamente lo que hacen siempre ustedes, los estadounidenses. La Primera Enmienda no garantiza explícitamente la libertad de asociación, pero ustedes derivan este derecho de los principios implícitos en el texto escrito. A veces lo califican de penumbra, a veces lo llaman emanación, a veces –como en el caso de la libertad de asociación– casi se olvidan de que estas palabras no están en la Constitución. Pero no paran de hacer lo mismo con sus textos antiguos y esto es exactamente lo que he hecho yo con sus enmiendas modernas. ¿Acaso no son más importantes por el hecho de haber sido aprobadas recientemente?».

«Una buena pregunta, pero ningún estadounidense se la hace».

«Es curioso», dijo Alfarabi. «¿Qué es lo que explica esta ceguera?».

«Tal vez su brillante interpretación sugiere una respuesta paradójica: si tratásemos las enmiendas recientes como declaraciones de principios importantes, estaríamos falseando las grandes verdades relativas a los logros constitucionales del siglo XX. Como ve, el *New Deal* no representa un rechazo del gran gobierno, sino su radical aprobación popular. Y la era de los derechos civiles cambió radicalmente el compromiso de Estados Unidos con la igualdad racial, pero su preocupación central no era la discriminación contra los pobres o contra los jóvenes».

«Diga lo que quiera, mi querido profesor Ackerman, pero si me lo permite, parece que se inventan la historia como por arte de magia. Con el mayor respeto le digo que es simplemente imposible leer el texto constitucional de una forma que corrobore sus afirmaciones».

El camino a la modernidad

A los estadounidenses nos ha sucedido algo divertido durante nuestro camino hacia el siglo XXI. Hemos perdido nuestra habilidad de poner por escrito nuestros nuevos compromisos constitucionales de la manera clásica. Este no es un problema menor para un país que se imagina que vive bajo una Constitución escrita.

Ochenta años de notas falsas y de acordes menores que culminan en una sinfonía de silencios, y el siglo XXI no será diferente. Cuando los Republicanos controlaron el Congreso entre 1994 y 2006 provocaron grandes debates sobre el aborto y sobre la religión, sobre el federalismo y sobre los poderes de guerra de la presidencia. Pero no trataron de resolver

estas cuestiones mediante nuevas enmiendas constitucionales; solo vimos gestos en falso acerca de cuestiones como la quema de la bandera y el matrimonio homosexual.

Cuando decidieron ponerse serios respecto al cambio constitucional, siguieron el camino marcado por el *New Deal* y las revoluciones de los derechos civiles. Pusieron de manifiesto su compromiso con el derecho a la vida, por ejemplo, aprobando una ley que prohibía los «abortos por nacimiento parcial». Esta ley no tenía la misma ambición general que la *Civil Rights Act* o la *Social Security Act.* Pero si los Republicanos hubiesen continuado dominando la Presidencia y el Congreso en 2012, habrían reivindicado tener un «mandato» popular para promulgar una ley hito repudiando directamente *Roe v. Wade* y desafiando al Tribunal Supremo a revocarla.

Al mismo tiempo, los presidentes republicanos John McCain y Mitt Romney habrían continuado añadiendo magistrados de derechas para formar una mayoría abrumadoramente conservadora en el Tribunal Supremo presidido por Roberts. En función de las incidencias de la sincronización, tal vez no habría sido necesario que los Congresos de McCain y Romney aprobasen una ley hito afirmando el derecho a la vida. El Tribunal de Roberts podría haber hecho él mismo el trabajo, denunciando a *Roe* como «erróneo desde el momento mismo en que fue decidido». Según este guión, el Tribunal de McCain-Romney-Roberts habría seguido los pasos de su predecesor del *New Deal* tratando a *Roe* de la misma forma que los tribunales modernos han tratado a *Lochner* desde 1937, como el símbolo de una desacreditada época de «intervencionismo judicial» desenfrenado.

Las recientes victorias del Partido Demócrata han parado de momento esta dinámica. La única duda es si la mayoría conservadora del Tribunal utilizará los años que le quedan en el poder para montar un ataque a gran escala contra el siglo XX.

Los signos de peligro son muy claros. Al abordar la *Affordable Care Act*, los cinco magistrados conservadores manifestaron ruidosamente su desaprobación de la reinterpretación revolucionaria que hacía el *New Deal* de la Cláusula de Comercio[3]. Pero el juez Roberts, presidente del Tribunal, no tuvo el coraje de sus convicciones y concibió un motivo alternativo para respaldar la ley, evitando a su Tribunal una peligrosa confrontación con un resurgente Obama durante un año electoral. Tras evitar un importante conflicto evocador de la lucha entre el presidente Roosevelt y el viejo

---

[3] El dictamen presentado por los cuatro magistrados discrepantes era especialmente enfático: véase *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 183 *L. Ed. 2d*, 2012, pp. 450, 536, pero el dictamen independiente del primer magistrado Roberts también introducía un enfoque notablemente restrictivo al poder del Congreso bajo la Cláusula Necesaria y Justa para regular el comercio interestatal. Véase *ibid.*, pp. 473-480.

Tribunal Supremo durante el *New Deal*, el presidente del Tribunal ha renovado su ofensiva conservadora, revocando una disposición clave de la *Voting Rights Act*. Discutiré esta importante decisión en el capítulo 14. Queda la incógnita de saber si los cinco jueces conservadores aprovecharán las oportunidades inmediatas que se les presenten para ampliar su asalto al régimen del *New Deal*-Derechos Civiles antes de que la muerte y la invalidez reduzcan su poder.

Sea lo que fuere lo que nos depare el futuro, una cosa está clara: no hemos de esperar grandes cambios mediante enmiendas formales. Nosotros, el Pueblo, no puede aparentemente producir mensajes de la forma descrita en el Artículo Cinco de nuestra Constitución. Nuestra máquina de redactar ha seguido el mismo camino que las máquinas de escribir.

¿Por qué?

Hay tres posibilidades: hay un fallo en la máquina, hay un fallo en el pueblo estadounidense, no hay ningún fallo en ninguno de los dos. La opinión ortodoxa da la respuesta fácil: es bueno que las enmiendas formales sean tan difíciles, porque de lo contrario la Constitución sería un caos y estaría llena de detalles dotados de un significado menor.

La respuesta fácil es medio correcta: sí, debería ser difícil enmendar la Constitución, pero hay muchas maneras diferentes de dificultar las cosas. La cuestión es si la manera en que lo hicieron los Fundadores tiene sentido.

Mi respuesta es sí y no: tuvo sentido para ellos, pero ya no lo tiene para nosotros. Tras dos siglos de evolución, la identidad política estadounidense está en guerra con el sistema formal de revisión constitucional que nos legaron los Fundadores. Hoy nos entendemos primero como estadounidenses y después como californianos. Pero los Fundadores redactaron el Artículo Cinco para un pueblo que se concebía a sí mismo fundamentalmente como neoyorquino o georgiano. Nos hemos convertido en un pueblo nacionalmente centrado con un sistema de revisión formal centrado en los estados.

Esta tensión entre la forma centrada en los estados y la sustancia centrada en la nación constituye la fuerza dinámica que está detrás de la Constitución viva. Aunque los estadounidenses pueden llegar a venerar el texto, no han permitido que se interpusiera en el camino de su ascendente conciencia nacional. Desde la Guerra Civil han apoyado de una forma decidida y autorreflexiva a los políticos nacionales y a los magistrados por ellos designados para que redefinieran los valores constitucionales mediante una serie de leyes-hito y de superprecedentes. El gran reto es desarrollar categorías históricamente sensatas para interpretar esta evolución.

Alfarabi es una criatura de mi propia imaginación y nuestro diálogo es puramente ficticio, pero hay muchos pensadores y actores de carne y hueso que creen realmente que los estadounidenses están operando sobre la base de la Constitución formal[4]. Esto ha causado todo tipo de problemas, ya que ellos usan la potencia hegemónica mundial como modelo de sus propios arreglos constitucionales; los fiascos de Afganistán y de Iraq son tan solo los últimos en una larga lista de fracasos formalistas. Pero una cosa es engañar al resto del mundo y otra muy distinta engañarse uno mismo. No seremos capaces de definir, ni mucho menos de resolver, nuestros problemas constitucionales fundamentales hasta que hagamos frente a la larga y compleja transformación de la identidad política estadounidense que ha convertido nuestra Constitución escrita en una declaración radicalmente incompleta de nuestra ley superior.

Empecemos por ver a los Fundadores como se veían ellos mismos. Cincuenta y cinco hombres fueron a Filadelfia, pero solo treinta y nueve firmaron el documento. Casi todos ellos habían forjado vínculos continentales durante y después de la Revolución. Una y otra vez habían dado muestras de que estaban dispuestos a morir por la Unión. Comparados con el ciudadano medio, eran nacionalistas revolucionarios y así lo demostraron cuando salieron de sus reuniones secretas en Filadelfia para proponer su Constitución en nombre de Nosotros, el Pueblo *de los Estados Unidos*. Dando este paso echaban por tierra los Artículos de la Confederación, que los trece estados habían ratificado solo seis años antes, en 1781. Aunque los Artículos exigían que los trece estados aprobasen todas las enmiendas, los Fundadores declararon que con nueve estados bastaba. Yendo aún más lejos, apartaron a los gobiernos estatales existentes del proceso de ratificación, exigiendo que cada estado celebrase una convención ratificadora extraordinaria desconocida en su ley constitucional[5].

Para valorar la magnitud de estas iniciativas, compáreselas con los recientes esfuerzos realizados en Europa para seguir el ejemplo de Filadelfia. En 2002 y 2003, la convención de Bruselas negoció una nueva Constitución para la Unión Europea, y se encontró con el mismo problema al que tuvieron que hacer frente sus predecesores de Filadelfia a la hora de construir «una

[4] Alfarabi, por cierto, fue un gran pensador islámico que vivió la mayor parte de su vida en el Bagdad del siglo X. Su principal proyecto fue la integración de la filosofía griega en el pensamiento islámico, pero fue también un importante intérprete y teórico musical. Véase Philippe Vallat, *Farabi et l'École d'Alexandrie. Des prémisses de la connaissance à la philosophie politique*, París, J. Vrin, 2004. Cualquier coincidencia entre el Alfarabi histórico y mi personaje imaginario es estrictamente accidental. No puede decirse lo mismo de mi poco sutil referencia a mi amigo Akhil Amar, aunque sus puntos de vista sobre las enmiendas recientes distan mucho de los que atribuyo a Alfarabi. Véase A. Amar, *America's Unwritten Constitution*, Nueva York, Basic Books, 2012.

[5] Para una explicación más completa, véase B. Ackerman, *We the People: Transformations*, vol. 2, cit., pp. 32-95.

Unión más perfecta». Al igual que los Artículos de Confederación de 1781, los tratados de la Unión Europea requerían el consentimiento unánime de los Estados miembros para cualquier revisión, pero a diferencia de Filadelfia, la convención de Bruselas se negó a infringir esta regla. No declaró que la Constitución que había propuesto entraría en vigor si dos terceras partes de los Estados miembros la aprobaba, ni decidió que había que convocar convenciones ratificadoras en cada Estado. Bruselas aceptó, en cambio, la unanimidad y permitió que cada estado diseñase su propio procedimiento de ratificación. En consecuencia, cuando los votantes de Francia y de Holanda rechazaron la iniciativa en 2005, todo el proyecto se fue al garete.

La Constitución estadounidense hubiera sufrido la misma suerte si la Convención de Filadelfia hubiese sido igual de respetuosa con las formas legales establecidas. Carolina del Norte y Rhode Island hicieron el papel de Francia y Holanda, rechazando de plano la atrevida propuesta constitucional de los federalistas y continuando su boicot incluso cuando el presidente Washington y el Primer Congreso empezaron su trabajo en 1789[6]. Si la unanimidad hubiese sido la regla, esos dos vetos habrían retrasado la campaña Federalista en pro de «una Unión más perfecta» durante una década y quizá para siempre.

Los Federalistas de la Fundación eran nacionalistas revolucionarios, pero también eran realistas. Sabían que no podrían salirse con la suya con un proceso de ratificación o de enmienda enteramente centrado en la nación. Como explicó el prominente federalista John Marshall en *McCulloch v. Maryland*: «Ningún soñador político fue nunca tan insensato como para pensar en romper las líneas que separaban los estados, ni para combinar al pueblo estadounidense en una masa común»[7]. En consecuencia, la ruptura revolucionaria marcada por el Artículo Cinco siguió centrada en los estados: las instituciones centrales solo podían proponer, pero no ratificar, revisiones constitucionales, dejando la decisión final a una mayoría cualificada de los estados.

Solo el baño de sangre de la Guerra Civil fomentó el nacimiento de una identidad nacional más fuerte. A diferencia de los Fundadores, los Republicanos de la Reconstrucción se ganaron la autoridad de declarar, en la Decimocuarta Enmienda, que la ciudadanía nacional era primaria y la ciudadanía estatal secundaria. Con estas palabras, los Republicanos se propusieron transformar la federación centrada en los estados de los Federalistas en una federación centrada en la nación.

Esta revolución resultó ser un triunfo sobre el papel. Pasaría mucho tiempo antes de que la ciudadanía nacional se ganase un lugar central en

---

[6] *Ibid*., pp. 57-63.
[7] *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat), 1819, pp. 316, 403.

la Constitución viva. Para empezar, los Republicanos de la Reconstrucción no consiguieron crear estructuras centradas en la nación para el futuro desarrollo constitucional. En vez de ello prosiguieron con sus objetivos a corto plazo tensando las formas centradas en los estados de la Constitución de los Fundadores más allá del punto de ruptura.

La crisis alcanzó su punto culminante cuando los estados sureños se negaron a ratificar la Decimocuarta Enmienda, privándola así de la mayoría de tres cuartos requerida por el Artículo Cinco. En vez de aceptar la derrota, el Congreso respondió con la fuerza militar, destruyendo los gobiernos de los estados discrepantes, creando otros nuevos y manteniendo inconstitucionalmente a los estados reconstruidos fuera de la Unión hasta que dieran su consentimiento a las nuevas enmiendas nacionalizadoras[8].

Estas actividades revolucionarias tuvieron éxito a corto plazo, pero requirieron una energía política tan enorme que dejaron exhaustas las ambiciones constitucionales del Partido Republicano y del pueblo estadounidense. Una vez ratificadas la Decimoquinta y la Decimocuarta Enmiendas por los gobiernos sureños reconstruidos, la atención política del país se desplazó a otra parte, y nadie estuvo preparado para considerar si la nueva interpretación de la ciudadanía estadounidense centrada en la nación requería un sistema de revisión constitucional centrado igualmente en la misma.

Lo mismo sucedió en respuesta a la crisis surgida en la elección presidencial de 1876. La disputa entre Hayes y Tilden se resolvió de manera extraconstitucional sin abordar la cuestión realmente importante: ¿tiene todavía sentido que el país elija a su primer líder nacional mediante la ficción de un Colegio Electoral centrado en los estados?[9].

Sucedió de nuevo en 1873, cuando la decisión del Tribunal Supremo en los *Slaughter House Cases* transformó la gran promesa de la concesión de la ciudadanía nacional de la Decimocuarta Enmienda en una burla, sacada prácticamente de la Constitución[10]. Se necesitaría mucho más que una enmienda formal para convertir la primacía de la nación estadounidense en una realidad constitucional viva.

Mala suerte para nosotros. Si la generación de la Guerra Civil hubiese seguido adelante, los estadounidenses habríamos estado en una mejor posición para hacer frente a las grandes crisis del siglo XX. En diversos momentos hemos estado sumamente necesitados de sistemas de revisión constitucional, selección presidencial y derecho de ciudadanía centrados en la nación.

---

[8] Describo los omnipresentes problemas constitucionales en B. Ackerman, *We the People: Transformations*, vol. 2, cit., pp. 99-252.
[9] Véase Charles Fairman, *History of the Supreme Court of the United States,* vol. 7: *Five Justices and the Electoral Commission of 1877*, Standford (CA), Standford University Press, 1988.
[10] *Slaughterhouse Cases,* 83 U.S., 1873, p. 36.

Hubo un buen motivo para que el siglo XIX no nos ayudara. Pese a las magníficas palabras de la Decimocuarta Enmienda, los estadounidenses del siglo XIX siguieron sin tener muy clara la primacía de su compromiso con la nación. Todo el mundo admitía que la secesión ya no era legítima, pero se necesitaron los acontecimientos transformativos del siglo XX para que los estadounidenses de a pie pusieran inequívocamente a la nación en primer plano[11]. La Primera Guerra Mundial, seguida por la Gran Depresión y después por la Segunda Guerra Mundial, impusieron a toda una generación la necesidad de abordar las grandes cuestiones de la guerra, la paz y el bienestar económico a escala nacional. La idea de comunidad estadounidense se hizo más sólida con la lucha de la siguiente generación por los derechos civiles en casa y por la democracia liberal en el extranjero. Y se ha fortalecido una vez más después de la tragedia del 11 de setiembre de 2001.

Esta conciencia nacional cada vez más profunda fue sustentada por una serie de trasformaciones más amplias en la vida social y cultural. Hace un siglo Estados Unidos seguía siendo una república de colonos europeos, que miraban hacia el Viejo Mundo en busca de liderazgo cultural. Hoy habla al mundo con sus propios acentos característicos: atrayendo y repeliendo, pero siendo en muchos sentidos la gran fuerza cultural de la época. Puede que Estados Unidos no sea un lugar muy civilizado, pero es una civilización. Y sus habitantes se encuentran en el centro mismo de una revolución en el transporte, las comunicaciones, la educación y el mundo empresarial, que se combinan para emitir un gran mensaje: aunque usted puede estar viviendo en Montana hoy, usted o sus hijos puede que se estén forjando una vida en Florida o en Oregón pasado mañana. Y si usted echa raíces en alguna otra parte de este gran país encontrará que, pese a las variaciones regionales, también allí hablan en estadounidense.

No hace falta exagerar. Incluso hoy, los estadounidenses no piensan en sí mismos como ciudadanos de un Estado-nación unitario de acuerdo con un modelo como el de la Francia del siglo XIX, por ejemplo. Seguimos siendo tejanos o pensilvanianos, además de estadounidenses, pero la promesa textual de la Decimocuarta Enmienda se ha convertido finalmente en una realidad viva: somos primero estadounidenses. Como la ciudadanía nacional ha pasado a primer plano en la Constitución viva, la insuficiencia de otras formas centradas en los estados inscritas en el texto e inalteradas

[11] El profesor Robert Wiebe, que dedicó gran parte de su vida al tema, observa: «Contrariamente a mitos posteriores, la Guerra Civil reforzó las lealtades regionales más que las generales. La Unión hacía referencia a una doctrina constitucional, al bando vencedor de la guerra, no a la totalidad de Estados Unidos», R. Wiebe, *Who We Are: A History of Popular Nationalism*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2002, p. 92.

desde la Fundación se ha convertido en un grave problema en aquellas ocasiones en que los estadounidenses ordinarios tratan de redefinir sus compromisos fundamentales.

Definir el canon

Este es el quid de mi conversación fabulada con Alfarabi. Como es felizmente desconocedor de la Constitución viva, supone que las enmiendas oficiales expresan los cambios fundamentales ocurridos durante el siglo XX en la identidad constitucional estadounidense.

La suposición que hace Alfarabi es perfectamente natural. Solo que no es correcta. En consecuencia, sus interpretaciones son excéntricas porque todo estadounidense reconoce intuitivamente que las enmiendas modernas cuentan una parte muy pequeña de la gran historia constitucional del siglo XX, y que hemos de mirar en otra parte para entender el resto.

Pero ¿dónde? Una serie difusa de hitos legales pasa a toda velocidad por delante de la conciencia colectiva: la *Social Security Act* y *Brown v. Board of Education*, la *Civil Rights Act* y *Miranda v. Arizona*; la lista sería interminable. Sean cuales sean los diversos casos o leyes que ustedes puedan o no añadir, de una cosa estoy seguro: todos los textos que propongan habrán sido elaborados por instituciones nacionales, no de los estados, como corresponde a las conclusiones constitucionales a las que hemos llegado Nosotros, el Pueblo de los Estados *Unidos*.

El problema aparece cuando comparamos los casos y las leyes-hito de nuestras listas. Puede que la mía contenga la *Administrative Procedure Act* y la suya no; puede que la suya incluya *Roe v. Wade* y otras listas estén en total desacuerdo con su inclusión. ¿Hay alguna forma de resolver estas disputas que no sea dar golpes en la mesa con una vehemencia cada vez mayor? ¿Es posible elaborar criterios basados en principios constitucionales básicos, que permitan a abogados y jueces separar el grano de la paja de una forma disciplinada?

Este es el problema de la formación del canon. Para decirlo claramente, el problema empieza con la idea de un canon constitucional *oficial*: el corpus de textos que la teoría legal convencional considera central. Hoy en Estados Unidos el canon oficial está formado por la Constitución de 1787 y sus subsiguientes enmiendas formales. Sin embargo, un auténtico abismo separa al canon oficial de la autointerpretación centrada en la nación del pueblo estadounidense. La profesión legal ha tratado de colmar este abismo con un canon *operativo* que otorga a las leyes-hito y a los superprecedentes un rol central en el argumentario constitucional. Estos intentos se han producido

de una forma *ad hoc*, pero ya va siendo hora de considerar el problema de una forma más reflexiva y reconstruir un canon oficial que dé cuenta de los logros constitucionales de *todas* las generaciones desde 1776, incluidos los estadounidenses que vivieron en el siglo XX. Sin un reconocimiento disciplinado de los grandes textos legales de la era moderna, el derecho constitucional no puede proporcionar a los estadounidenses la orientación que necesitan para hacer frente a los retos que les plantea el futuro.

La redefinición del canon constitucional se está produciendo a un ritmo acelerado. Las sesiones de confirmación por parte del Senado de los candidatos recientes al Tribunal Supremo son un baremo revelador. Los senadores de los dos partidos pasaron horas y horas tratando de ubicar a los candidatos en función de una serie de textos fundamentales del siglo XX, preguntándoles repetidamente si consideraban a *Roe v. Wade*, o a algún otro caso, como un superprecedente especialmente arraigado en nuestras leyes. Los candidatos cabeceaban y zigzagueaban en sus respuestas, pero las preguntas mismas constituían un paso significativo. Sugerían que el canon operativo contiene actualmente al menos dos componentes: una parte la constituye el canon oficial y la otra los superprecedentes judiciales. Igual que el texto formal, los superprecedentes cristalizan puntos fijos de nuestra tradición constitucional: el Tribunal no tiene autoridad para trivializar su importancia cuando procede a desarrollar doctrina legal.

De hecho, los superprecedentes a menudo tienen un peso mayor que los principios canonizados en el texto oficial. *Brown v. Board of Education* es un punto de referencia mucho más importante, por ejemplo, que la garantía de la Fundación de «una forma republicana de gobierno». Si bien ningún candidato al Tribunal Supremo podría ser confirmado de negarse a aceptar *Brown*, podría en cambio confesar tranquilamente su perplejidad acerca del significado de gobierno «republicano» y obtener igualmente un puesto en la judicatura, pese al hecho de que esta disposición textual era absolutamente central para la generación de la Fundación[12]. Cuando apartamos un momento la mirada de nuestras teorías oficiales, vemos que la Constitución viva está organizada sobre la base de un canon operativo que no otorga primacía, ni muchos menos exclusividad, al canon oficial.

Y, sin embargo, estamos actualmente reestructurando el canon operativo de una forma caprichosa[13]. Aunque la noción de un superprecedente se ha vuelto familiar, todavía no hemos empezado a considerar seriamente si las leyes-hito también merecen un lugar central en el moderno canon constitucional. Esta será una de las tesis centrales de este libro.

---

[12] Para una buena explicación del ascenso de la Cláusula de Garantía durante el primer siglo y su precipitada caída durante la Reconstrucción, véase William Wiececk, *The Guarantee Clause of the U.S. Constitution*, Ithaca (NY), Cornell University Press, 1972.

[13] Para una notable excepción, véase Michael Gerhardt, «Super Precedent», *Minnesota Law Review*, vol. 90, 2006, p. 1204.

Mi tesis no es realmente novedosa: Abraham Lincoln declaró repetidamente que al Compromiso de Missouri había que otorgarle un estatus «sagrado» comparable al de la propia Constitución[14]. Durante el siglo XX, una serie de importantes autores recurrieron a la profesión para que tratase las principales leyes, en palabras del juez Stone, como una fuente de ley y como premisa para el razonamiento legal[15]. William Eskridge y John Ferejohn han impulsado recientemente este argumento más allá en un trabajo pionero, que trata de ganar un estatus «cuasi constitucional» para las «superleyes» que han dado forma a la tradición legal estadounidense[16]. Y Cass Sunstein ha apuntado en direcciones similares[17].

Doy el siguiente paso instando al lector a descartar los *cuasis* residuales y otras vacilaciones y otorgar un pleno estatus constitucional a las leyes-hito de la revolución de los derechos civiles. De otro modo, nuestra visión de este gran triunfo estadounidense se verá profundamente distorsionada[18].

La reflexión continua sobre las leyes enriquecerá no solo a la empresa de interpretación constitucional en curso, sino que también pondrá de relieve lo mucho que está en juego en el esfuerzo del juez Scalia, y de otros muchos, para desafiar la noción misma de una Constitución viva. Llegaremos a ver el reto del juez Scalia como una invitación a aislarnos de los grandes logros constitucionales del pueblo estadounidense durante el siglo XX.

Esto sería una auténtica insensatez. No propongo que nos arrodillemos en el altar del siglo XX. Desde la Fundación hasta la actualidad, cada generación de estadounidenses ha contribuido a nuestro legado constitucional –algunas más, otras menos– y cada generación ha cometido su cuota de errores. Pero aislarnos de casi un siglo de cambio impulsado popularmente simplemente porque los estadounidenses expresaron sus nuevas conclusiones constitucionales por medio de instituciones nacionales y no por medio de las instituciones centradas en los estados previstas por los Fundadores: *esto* sí que sería una insensatez.

---

[14] Abraham Lincoln, Discurso en Peoria, Illinois (16 de octubre de 1854), en Roy P. Basler (ed.), *Collected Works of Abraham Lincoln*, 9 vols., New Brunswick (NJ), Rutgers University Press, 1953, vol. 2, pp. 247, 251-252.

[15] Harlan Fiske Stone, «The Common Law in the United States», *Harvard Law Review*, vol. 50, 1936, pp. 4, 13.

[16] William Eskridge y John Ferejohn, *A Republic of Statutes: The New American Constitution*, New Haven (CT), Yale University Press, 2010.

[17] Cass Sunstein, *The Second Bill of Rights. FDR's Unfinished Revolution And Why We Need It More Than Ever*, Nueva York, Basic Books, 2004, p. 62.

[18] Aunque mi punto de vista de las leyes-hito es innovador en el contexto estadounidense, es ya una parte establecida de la práctica constitucional contemporánea en Francia. Véase Véronique Champeil-Desplats, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d´Aix-Marseille, 2001, pp. 69-107.

Quiero subrayar el carácter historicista de mi crítica. Para mí, la «Constitución viva» no es un lema conveniente para transformar nuestra muy imperfecta Constitución en algo mejor. Si bien el intento de convertir la Constitución en algo verdaderamente maravilloso es una tentación siempre presente, el problema con esta aspiración grandilocuente es obvio: hay muchas visiones contradictorias entre sí de un país mejor y la Constitución no debería ser secuestrada por ninguna de ellas. El propósito de la interpretación es entender los compromisos históricos que ha contraído *realmente* el pueblo estadounidense, no aquellos que uno u otro filósofo piensan que tendrían que haber contraído[19]. Sobre este punto fundamental estoy más cerca del juez Scalia que del profesor Ronald Dworkin[20]. Difiero de Scalia cuando se une a Alfarabi asumiendo que el texto formal contiene el canon constitucional *completo*, aislándose de este modo de los últimos ochenta años de logros constitucionales.

El juez Scalia no es el único que comete este error. Casi todo el mundo lo hace, aunque de una forma atenuada. Para que se me entienda, hay que distinguir dos cosas: la definición del canon y la interpretación del canon. La primera busca identificar los textos clave de nuestra tradición; la segunda, entender qué significan.

Casi todos los debates constitucionales se centran en la segunda cuestión. Hay quien piensa que las grandes abstracciones de la Constitución formal deberían limitarse a las interpretaciones particulares de la generación que las promulgó; otros, que corresponde a los vivos llevar a cabo la mejor interpretación de la Primera Enmienda, la Cláusula de la Protección Igual o las Cláusulas del Proceso Debido[21]. Pero ambos bandos se centran en el mismo canon oficial, el texto formal que va del Artículo Uno a la última enmienda del siglo XX. Por cierto, los defensores de un constitucionalismo vivo captan más fácilmente la relevancia de las transformaciones del siglo XX cuando elaboran el significado moderno de los textos antiguos. Pero lo hacen de una forma que a veces distorsiona estos logros más recientes y, a veces, utilizan el canon oficial como trampolín para los intentos elitistas de cambiar radicalmente los valores estadounidenses.

---

[19] El excelente trabajo de Jed Rubenfeld sobre la naturaleza del compromiso constitucional es particularmente relevante. Véase J. Rubenfeld, *Freedom and Time*, New Haven (CT), Yale University Press, 2001, pp. 91-103 y *Revolution by Judiciary*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2005, pp. 71-141.

[20] Compárese Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1996, pp. 1-38 con Antonin Scalia, «Common-Law Courts in a Civil-Law System», en Amy Gutmann (ed.), *A Matter of Interpretation*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1997, p. 3. Hay una distancia muy amplia entre el juez Scalia y el profesor Dworkin, con espacio para muchos diferentes puntos de vista; el mío es solo uno entre ellos.

[21] Dos contribuciones notables, aunque muy diferentes, en este sentido son: Jack Balkin, *Living Originalism,* Cambridge (MA), The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, y David Strauss, *The Living Constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.

Los originalistas más acérrimos, por el contrario, no tienen el coraje de sus convicciones. Tal vez el juez Thomas está deseando cuestionar la constitucionalidad del papel moneda, pero yo sospecho que incluso él considera esta posibilidad un tanto sobrecogedora. El juez Scalia, ciertamente, declara orgullosamente ser él mismo un originalista razonable, y atenúa su fidelidad a las interpretaciones de la Fundación cuando son demasiado disconformes con los precedentes existentes y con las realidades contemporáneas. Pero Scalia no tiene los principios para explicar cuándo será razonable y cuándo será originalista[22].

Es hora de cuestionar la premisa organizadora de estos debates familiares. En vez de centrarnos, de una forma miope, en los grandes textos de los siglos XVIII y XIX, hemos de redefinir el canon para permitir una interpretación más profunda de lo que los estadounidenses hemos hecho, o no hemos hecho, durante *toda* nuestra historia, incluida la parte de ella más cercana a nosotros.

Abordando el problema de la definición del canon, prepararemos el camino para hacer un gran avance sobre el actual punto muerto en el que se halla la interpretación. Una vez que clarifiquemos *aquello* que hemos de interpretar, el debate sobre *cómo* interpretar el canon adoptará una forma diferente. Muchos desacuerdos que parecen hoy fundamentales resultarán ser argumentos sobre el peso adecuado que hemos de dar a principios derivados de textos del siglo XX por oposición a aquellos heredados de siglos anteriores[23]. Por el contrario, los proponentes de posturas aparentemente similares pueden a veces descubrir que tienen desacuerdos más profundos de lo que habían previamente imaginado.

Si mi propuesta es bien acogida –cosas más extrañas han sucedido– el debate legal adoptará una forma diferente. Hoy en día, lemas como «originalismo» y «constitucionalismo vivo» sirven a menudo como etiquetas que destacan posiciones contradictorias sobre una amplia gama de temas políticos calientes. Sin embargo, un canon redefinido crearía un sinnúmero de extraños aliados en la conversación en curso que es nuestra Constitución. Y no es que los partícipes en dicha conversación vayan a llegar como por arte de magia a alcanzar un acuerdo universal sobre el verdadero significado del canon reformulado, pero al menos estarán hablando entre sí, no gritándose uno al otro, acerca de las contribuciones hechas por diferentes generaciones a lo largo de los últimos dos siglos.

---

[22] El propio juez Scalia ha declarado célebremente ser un «originalista algo timorato», que despliega el criterio de *stare decisis* como recurso pragmático para frenar un asalto total contra el siglo XX, A. Scalia, «Originalism: The Lesser Evil», *University of Cincinnati Law Review*, vol. 57, 1989, pp. 849, 861-864.

[23] Para algunas reflexiones preliminares, véase B. Ackerman, *We the People, Foundations*, vol. 1, Cambridge (MA), The Belknap Press of Harvard University Press, 1993, pp. 86-99; [ed. cast.: *We the People. Fundamentos*, vol. 1, Madrid, Traficantes de Sueños, 2015].

Mi objetivo último, en suma, es negar que la ley sea lo mismo que la política por otros medios y que la interpretación constitucional es un mero pretexto. Desde el tiempo de *Marbury v. Madison*, nuestra cultura legal ha conseguido proporcionar a los estadounidenses un punto de referencia común incluso cuando libraban un incesante esfuerzo para transformar la línea base constitucional para las generaciones sucesivas. Y si dejamos que esta cultura se desintegre en un debate a gritos partidista, todos perderemos mucho.

Pero nunca construiremos unos cimientos sólidos para la interpretación legal pretendiendo que el pueblo estadounidense no ha hecho nada importante durante los últimos ochenta años. La vida de la ley, dijo alguien hace tiempo, no es solo lógica, sino también experiencia[24]. Ha llegado la hora de construir un canon para el siglo XXI basado en la verdad de la totalidad de la experiencia estadounidense.

[24] Mi máxima es una variante de la famosa declaración de Holmes, que devalúa categóricamente la lógica de una forma que yo rechazo. Véase Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Boston, Little, Brown, and Company, 1881, p. 1.

II
LA CONSTITUCIÓN VIVA

La historia constitucional va por ciclos. Desde 1776, cada generación ascendente ha mirado hacia las cimas de la política para descubrir que el gobierno de ese momento estaba empeñado en la opresión. Una y otra vez, la misma respuesta: organizar un movimiento de oposición en el páramo político, reformar un gobierno corrupto en nombre del pueblo y redefinir el futuro constitucional de Estados Unidos.

Al comienzo el grito revolucionario era: «Si no hay representación, no hay tributación», pero una vez que la lucha contra el rey Jorge III acabó en victoria, los Republicanos jeffersonianos estuvieron pronto liderando la carga por una segunda Revolución Americana. Una generación más tarde, los jacksonianos estaban denunciando al Banco de Estados Unidos y a su dominio sobre los estadounidenses de a pie, solo para ver su hegemonía política destrozada por el ascendente Partido Republicano que congregó al pueblo contra la defensa jacksoniana del poder esclavista. Una generación después de esta, los Republicanos se habían convertido en los portavoces del *statu quo*, provocando una cruzada populista.

Esta vez sucedió algo diferente. Todos los grandes movimientos de protesta desde 1776 habían conseguido finalmente escalar las cimas del mando, pero los populistas no consiguieron ganar las elecciones Bryan-McKinley de 1896 y 1900, y a ello siguió un periodo de tartamudeo, con un sinnúmero de movimientos de rango medio consiguiendo éxitos medianos de muchos tipos distintos. Con la Gran Depresión, la democracia del *New Deal* superó este punto muerto con su vindicación del gobierno intervencionista. Esta transformación decisiva enmarca el problema central de este libro: ¿cómo evaluar el siguiente gran ciclo de soberanía popular que culminó en la revolución de los derechos civiles?

Con cada vuelta de la rueda, el movimiento de oposición propone una diagnosis revisionista de lo público y de sus problemas, a veces consiguiendo el apoyo masivo del pueblo estadounidense, y a veces quedándose corto. Sea cual sea el destino de determinados movimientos particulares, el patrón cíclico se repite una y otra vez; es el producto del matrimonio

forzado entre la Ilustración revolucionaria y el cristianismo protestante[1]. La Constitución viva es un producto de estos ciclos de soberanía popular y prepara el terreno a la lucha de nuestra propia generación para hablar en nombre del Pueblo.

Nuestro estudio requiere una meticulosa atención a temas y variaciones elaborados a lo largo de dos siglos. La historia está llena de sorpresas. Ningún ciclo es una réplica exacta de otro. Si hemos de entender la Constitución estadounidense real y existente, hemos de situar cada ciclo en el contexto de los otros, resumiendo las conclusiones constitucionales alcanzadas por el pueblo estadounidense durante dos siglos de luchas. No podemos suponer ciegamente que el texto constitucional formal nos dice todo –o la mayor parte de– lo que necesitamos saber.

Movimiento, partido, presidencia

Empecemos reflexionando sobre la gran divisoria institucional que separa el modelo de soberanía popular de la Fundación de los patrones recurrentes que han emergido durante los dos últimos siglos. La Convención de Filadelfia no quería ni esperaba que los presidentes reclamasen mandatos populares para proceder a cambios constitucionales radicales. Este contenido plebiscitario empieza solo con Thomas Jefferson y termina, de momento, con Barack Obama[2]. La incapacidad de los Fundadores para prever el ascenso del plebiscitarismo fue enteramente comprensible: no había sistemas presidencialistas en aquella época y la historia pasada apuntaba a las asambleas populares como foros privilegiados de la soberanía popular. Durante la Revolución Gloriosa fue el Parlamento de la Convención de 1689 el que habló en nombre del pueblo –no el rey, categóricamente– y dicho escenario se había repetido durante la Revolución Americana cuando las asambleas coloniales se levantaron contra sus gobernadores reales.

La Convención de Filadelfia formó parte de esta tradición de la ciudadanía asamblearia y la proyectó hacia el futuro[3]. Uno de los grandes objetivos de los Fundadores fue evitar que la presidencia se convirtiera en una plataforma para demagogos. No solo la excluyeron de desempeñar papel alguno en el sistema de enmiendas constitucionales, sino que

---

[1] Compárese Sacvan Bercovitch, *The American Jeremiad*, Madison (WI), The University of Wisconsin Press, 1978, con Hannah Arendt, *On Revolution*, Nueva York, Viking Press, 1963. Véase B. Ackerman, *We the People: Foundations*, vol. 1, cit., pp. 203-221.

[2] Véase B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers*, cit., pp. 249-250.

[3] Véase Gordon Wood, *The Creation of the American Republic*, Chapel Hill (NC), University of North Carolina Press, 1969, pp. 162-167.

concibieron el Colegio Electoral para hacer especialmente difícil que los presidentes pudiesen invocar un mandato popular directo. Su historia *whiggish* les había enseñado que los grandes enemigos de las repúblicas eran demagogos como Julio César, y estaban decididos a bloquear este camino particular a la tiranía[4].

Pero cuando fue puesta a prueba por los hechos, su maquinaria constitucional quedó hecha añicos a una velocidad espectacular. La tinta casi no había tenido tiempo de secarse antes de que la lucha partidista entre los Federalistas de Adams y los Republicanos de Jefferson destruyera la interpretación original de la presidencia durante la crisis electoral de 1800[5]. Este cambio básico se halla solo débilmente reflejado en la mecánica electoral revisada establecida por la Decimosegunda Enmienda[6]. Dicho cambio implicaba la transformación de la presidencia en un cargo que hablaría episódicamente en nombre del pueblo estadounidense y reivindicaría un papel mayor en el proceso interminable de la producción normativa de carácter superior.

Los victoriosos jeffersonianos crearon un patrón tripartito de soberanía popular que tendría repercusiones en toda la historia estadounidense. Yo lo llamo el patrón movimiento-partido-presidencia y su dinámica está en el centro de la Constitución viva. Dado que este patrón no fue anticipado por los Fundadores, hemos de estudiar su desarrollo a la manera del derecho consuetudinario, comparando cada gran ciclo de liderazgo presidencial con los otros. No hay otra forma de entender cómo el pueblo estadounidense ha tratado de mantener el control sobre su gobierno durante los dos últimos siglos.

Movimiento, partido, presidencia: las definiciones serían útiles. La característica definitoria de un movimiento son sus activistas, un gran cuerpo de ciudadanos dispuestos a invertir una cantidad enorme de tiempo y de energía en la búsqueda de una nueva agenda constitucional. Los Republicanos jeffersonianos no estaban exagerando cuando decían que se necesitaba «una segunda Revolución Americana» para salvar a la República de los «monócratas» (criptomonárquicos) del Partido Federalista. Sea lo que fuere lo que usted o yo pensemos de su diagnóstico, *ellos* lo creían realmente; y lo que es más importante, actuaban en función de ello. Lo mismo cabe decir de los Republicanos de la Tierra Libre de Lincoln, de los Demócratas del *New Deal* de Roosevelt y, más recientemente, de los Republicanos de Ronald Reagan.

---

[4] Véase James Ceaser, *Presidential Selection*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1979, pp. 41-87.
[5] Véase B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers*, cit., pp. 16-35, 77-93.
[6] Véase *ibid.*, pp. 203-206.

Lo que nos lleva a la idea de un partido movimiento. La mayoría de los movimientos no llegan a despegar y la mayor parte de los que lo hacen no forman un nuevo partido o colonizan a uno ya existente. Pero como nos enseñaron los jeffersonianos, un partido movimiento puede ser una cosa muy poderosa, dado que proporciona un hogar a políticos con convicciones que consideran su elección como un mandato popular para efectuar un cambio fundamental. También reduce claramente los costes del compromiso para los ciudadanos que simpatizan con él: la etiqueta del partido les dice qué políticos aceptan la nueva agenda, y votar es una forma fácil y obvia de demostrar apoyo democrático.

Los partidos movimiento están en una carrera contra el tiempo. Las motivaciones idealistas pierden intensidad, porque algunos problemas se resuelven, otros desaparecen, y aparecen otros nuevos que desafían la ideología del movimiento. El poder empieza a corromper a los políticos del movimiento y el partido sirve cada vez más de imán para atraer oportunistas a los que no les importan nada los ideales originales. El movimiento popular amplio a favor del cambio constitucional se convierte inexorablemente en un recuerdo.

Llamemos a esto la *normalización de la política movimiento*[7]. Esto otorga una importancia añadida al tercer elemento del patrón: la presidencia plebiscitaria[8]. En virtud de su posición estratégica, un presidente movimiento tiene los recursos organizativos para ganar la carrera contra el tiempo mediante la movilización de una coalición ganadora en el Congreso a favor de una legislación histórica y la obtención de la confirmación de los jueces movimiento en el Tribunal Supremo.

Todo esto desafió las expectativas de los Artífices. Sin embargo, nuestra experiencia del siglo XX nos exige afrontarlo como es debido, porque proporciona la clave del dilema constitucional presentado en el capítulo 1. Nuestro problema, como recordará el lector, es que el sistema formal de enmiendas ya no marca los grandes cambios en el rumbo constitucional ratificados por el pueblo estadounidense desde el *New Deal*. Yo he argumentado que este fracaso era el producto de un creciente desencuentro entre el marco federalista de las enmiendas formales y la ascendente conciencia nacional del pueblo estadounidense.

Dado este desencuentro, ya no tenía demasiado sentido permitir que una pequeña minoría de los estados –que podían contener menos del 5

---

[7] Al hablar de normalización de la política de movimiento, adapto una noción weberiana familiar a la vida política estadounidense, la de la «burocratización del carisma».

[8] Aunque no utiliza el término, el mejor libro de ciencia política sobre el plebiscitarismo presidencial es el de Stephen Skowronek, *The Politics Presidents Make*, Cambridge (MA), The Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

por 100 de la población del país– vetase nuevos compromisos fundamentales asumidos por unas mayorías nacionales persistentes. Si la soberanía popular quería tener un futuro en el siglo XX, los estadounidenses tendrían que desarrollar un vocabulario constitucional creíble que permitiese a Nosotros, el Pueblo de los Estados *Unidos* abordar, y a veces resolver, las cuestiones fundamentales planteadas por la historia.

Aquí es donde entra mi próxima tesis: precisamente porque el patrón movimiento-partido-presidencia se remonta a los días de Jefferson, proporcionaba un lenguaje profundamente familiar de soberanía popular que llenaba el vacío dejado en la mente pública por la marginalización del sistema del Artículo Cinco.

La dinámica movimiento-partido-presidencia que produjo Franklin D. Roosevelt fue la divisoria que legitimó satisfactoriamente el Estado del bienestar intervencionista en leyes-hito como la *National Labor Relations Act* y la *Social Security Act*, y en superprecedentes como *Wickard v. Filburn* y *United States v. Darby*. Como ya he explorado este gran avance en el segundo volumen de *We the People: Transformaciones*, retomo aquí de nuevo la historia en la década de 1950, al alba de la revolución de los derechos civiles.

La generación ascendente del *New Deal* había alcanzado ya madurez política. Ya no eran unos reformadores radicales, sino miembros destacados del *establishment* político y judicial. Sin embargo, sus recuerdos de la crisis de legitimización del *New Deal* se mantenían vivos y sirvieron como modelo para la resolución de los temas fundamentales planteados por las luchas por los derechos civiles durante los años venideros.

En momentos decisivos, los precedentes constitucionales establecidos durante la presidencia de Roosevelt sirvieron como puntos de referencia críticos. Veremos al viejo artífice del *New Deal* Lyndon B. Johnson afirmando que su arrolladora victoria sobre Barry Goldwater en 1964 le proporcionaba el mismo tipo de mandato del pueblo que había obtenido Roosevelt derrotando a Alf Landon en 1936. Veremos al Tribunal de Warren rememorando la victoria del *New Deal* sobre el viejo Tribunal Supremo, cuando afrontaba las tremendas implicaciones de la *Civil Rights Act* de 1964. Observaremos a todos los líderes políticos –desde Martin Luther King Jr. a Lyndon B. Johnson pasando por Everett Dirksen– siguiendo a Roosevelt en su rechazo de la necesidad de proceder a introducir enmiendas formales a tenor del Artículo Cinco para codificar una revolución constitucional mientras forjaban la histórica *Voting Rights Act* de 1965.

Pero, como siempre, la gramática institucional heredada del pasado no sobrevivió sin cambios. El reto es integrar los elementos nuevos y antiguos en un modelo *New Deal*-Derechos Civiles de legitimación constitucional basado en un profuso relato de la dinámica institucional mediante la cual el

pueblo estadounidense debatió y, finalmente, resolvió los temas clave que les planteó el movimiento en pro de los derechos civiles. Es este modelo, y no el arquetipo del *New Deal*, el que enmarca los dilemas constitucionales a los que se enfrenta la generación actual.

La cuestión de la soberanía popular

Antes de proceder a un relato con pelos y señales, demos un paso atrás y consideremos el marco básico que guiará la discusión.

Empecemos con la idea misma de soberanía popular y con el riguroso tratamiento que recibe en manos de la ciencia política moderna. De acuerdo con el punto de vista escéptico promovido por Joseph Schumpeter, la «soberanía popular» es una hoja de parra mítica que cubre las realidades más severas del gobierno de las elites. Las masas son ignorantes y manipulables[9]. En el mejor de los casos, el ritual electoral democrático permite a la gente corriente sustituir una elite gobernante por otra, en ocasiones porque el candidato del partido de la oposición tiene una sonrisa más encantadora, a veces porque el partido que gobierna ha ocupado el poder mientras se producía un gran desastre y, a veces, por ningún motivo apreciable.

Esto no implica, se apresuran a añadir los críticos, que estas elites sean implacables oponentes de la democracia. Al contrario, es solo su punto de vista realista el que nos permite identificar la función verdaderamente valiosa de las elecciones regulares. Aunque los votantes pueden a veces atacar a ciegas, el ocasional derribo del *establishment* político es una cosa positiva, porque hace más difícil a las elites reinantes imponer una dictadura férrea sobre las masas, por lo cual hemos de estar agradecidos, aunque un cambio electoral puede meramente llevar al ascenso de una nueva elite.

Pero no seamos tan quisquillosos con la democracia y supongamos que el Pueblo (con P mayúscula) puede hacer algo más que cambiar una elite por otra de vez en cuando. Hemos de desechar la idea según la cual los hombres y mujeres corrientes pueden participar afirmativamente en su propio autogobierno. Esta bazofia mítica no es digna ni de una clase de educación cívica de instituto. No solo es ciencia política de la mala, sino que también es algo positivamente peligroso: alentar a los políticos a presentarse a sí mismos como genuinos tribunos del pueblo y demonizar a sus oponentes en un desesperado intento de aferrarse al poder y

---

[9] Véase Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Nueva York, Harper and Brothers, 1942 [ed. cast.: *Capitalismo, socialismo y democracia*, Barcelona, 2015]. El tema de Schumpeter es elaborado en numerosas variantes por los politólogos modernos, notablemente por William Riker, *Liberalism Against Populism. A Confrontation Between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice*, Long Grove (IL), Waveland Press Inc., 1982.

mantenerlo. Estas paparruchas solo facilitan que los megalómanos destruyan las libertades fundamentales y preparen el camino a una dictadura verdaderamente opresiva.

A lo que yo replico: depende de lo que entendamos por «soberanía popular». Definitivamente no quiero invocar un momento estático en el que el Pueblo con P mayúscula aparece como por arte de magia, habla y luego se retira de escena igual de mágicamente. La Constitución estadounidense crea una formidable carrera de obstáculos para los movimientos políticos transformadores, proporcionando a los opositores una serie de oportunidades electorales para desafiar la visión de reforma revolucionaria de un movimiento ascendente. Si el sistema funciona, la repetición de estos desafíos y respuestas generará un nivel extraordinario de discusión y conciencia pública.

Incluso cuando la controversia pública alcanza sus cotas máximas, los estadounidenses corrientes no están al tanto de los pormenores del detallado debate que tiene lugar en Washington DC. Sin embargo, está sucediendo algo que vale la pena resaltar: una gran proporción del electorado *reconoce* que el país está llegando a una encrucijada constitucional, *entiende* que los candidatos más destacados que optan a cargos públicos quieren llevar al país en direcciones muy diferentes y *pueden* explicar los puntos básicos de la opción colectiva que está en juego. En este escenario la soberanía popular no es un mito; los estadounidenses corrientes saben lo que hacen cuando respaldan repetidamente a unos candidatos que propugnan un cambio fundamental. Cuando estos representantes electos llegan a Washington para llevar a cabo el mandato del pueblo, el resultado de sus esfuerzos merece un lugar de honor en el canon constitucional.

Esta es, al menos, la teoría de la soberanía popular establecida por la Fundación y desarrollada en momentos decisivos posteriores de la vida de la República. La cuestión es saber si el espíritu de la soberanía popular se hizo realidad una vez más durante la revolución de los derechos civiles.

Una cosa está clara: no podemos encontrar pruebas convincentes de logro constitucional teniendo en cuenta las enmiendas formales aprobadas durante el periodo. Este era el quid de mi imaginaria conversación con Alfarabi. Si la Constitución –y es un gran «si»– continúa proporcionando un marco creíble para el moderno ejercicio de la soberanía popular, hemos de mirar a otra parte: a la operación de la separación de poderes entre la Presidencia, el Senado, la Cámara de Representantes y el Tribunal Supremo. Para ver por qué, consideremos cómo puede funcionar este sistema para crear el tipo de debate público movilizado y la toma de decisiones de base amplia que se requieren para que el pueblo exprese su voluntad.

La clave aquí es el escalonamiento de periodos en el cargo creado por el sistema separacionista: dos años para la Cámara de Representantes, cuatro años para la presidencia, seis para el Senado, puesto vitalicio para el Tribunal Supremo. Esto hace prácticamente imposible que un movimiento político pueda convertir sus iniciativas transformadoras en ley sobre la base de una única victoria electoral, a diferencia, por ejemplo, de un sistema parlamentario como el británico, donde una sola elección puede efectivamente producir un cambio espectacular. En Estados Unidos, sin embargo, un movimiento comparable tiene que emprender una larga marcha por la presidencia, el Congreso y el Tribunal Supremo antes de poder promulgar legítimamente cambios radicales. Esto significa que un movimiento partidario de una reforma radical tiene que pasar una serie de pruebas electorales antes de poder obtener el apoyo amplio y reflexivo que requiere toda afirmación creíble de hablar en nombre del pueblo estadounidense. Son muchos los que han intentado –y pocos los que lo han conseguido– mantener este apoyo popular sostenido a lo largo de esa formidable carrera de obstáculos. Distinguiré seis fases en este proceso dinámico de soberanía popular.

Empecemos con la fase cero, la *política ordinaria*. Durante estos periodos, los centros de poder separados establecidos por la Constitución son controlados por coaliciones políticas distintas con diferentes prioridades. Sin embargo, todas tienen un importante punto en común: ninguna está preparada para desafiar al *statu quo*. El Presidente y la Cámara de Representantes, el Senado y el Tribunal Supremo tienen todos la misión de adaptarse inteligentemente a los valores básicos del régimen para satisfacer las demandas de un mundo cambiante, en ocasiones encontrando un terreno común y en ocasiones topando con puntos muertos frustrantes. Pero ninguna fuerza política importante está interesada en desafiar premisas fundamentales.

Tampoco lo están los votantes, que contemplan los tejemanejes en Washington DC con relativa indiferencia. Aparte de los adictos a la política, todos tienen cosas mejores que hacer con su tiempo que seguir los debates sobre la última ley agrícola o sobre el programa de carreteras. Se quedan al margen observando cómo los grupos de interés bien organizados debaten determinadas iniciativas particulares, supervisados (confiemos) por políticos moderados dotados de sentido común y de un respeto decente por el bien común. Este proceso continuo de toma y daca simplemente no es lo bastante convincente para atraer mucho la atención de la gente corriente, que vive más allá del territorio circundante a Washington DC. Puede que atiendan la llamada del Día de las Elecciones y que se tomen la molestia de votar. Puede incluso que dediquen algo de tiempo a seguir un par de debates o a burlarse de una cuña electoral. Pero el centro de su atención está en otra parte: en el trabajo y la familia, en el deporte y la religión, en los pasatiempos y las vacaciones. Estas son las esferas de la vida que realmente les importan, y no la política.

Incluso en sus momentos más banales hay otra realidad política girando en la periferia. Una mirada más allá de Washington DC pone de manifiesto que hay un montón de movimientos que piden a los estadounidenses que dejen de lado sus mezquinas preocupaciones y hagan frente a problemas fundamentales que acechan en el horizonte. Pero pocos escuchan estas llamadas, y aún menos dedican una parte importante de su tiempo a la causa. En realidad, hay muchísimas causas, cada una de las cuales ofrece diagnosis diferentes, y a menudo contradictorias, sobre el bien común.

No tiene nada de extraño, por lo tanto, que los políticos normales respondan generalmente a la cacofonía de la cháchara ideológica con gestos cautelosos; no hay ninguna necesidad de hacer enfadar a esta gente, pero el pueblo estadounidense simplemente no está interesado en los que más gritan, así que, gracias, y vamos a ver si aprobamos la nueva ley tributaria.

Entonces, la valencia de la política empieza a cambiar. Las llamadas de uno u otro movimiento reformista obtienen una respuesta decisiva de una u otra institución objeto de la separación de poderes: la Cámara de Representantes durante la Reconstrucción, la presidencia durante el *New Deal*, el Tribunal presidido por Warren durante la revolución de los derechos civiles. Esto inaugura la primera fase en la dinámica de la soberanía popular: la fase de la *señalización*.

La afirmación que hace la institución señalizadora de la necesidad de una reforma radical pronto la pone en desacuerdo con los poderes aún dominados por los conservadores constitucionales, al exigirles que respondan unas preguntas fundamentales que ellos preferirían evitar por todos los medios. La ronda inicial es a menudo confusa; uno u otro de los poderes puede elegir hacer concesiones a la institución señalizadora, y otros puede que desencadenen virulentos ataques contra los falsos profetas imbuidos de extrañas ideas, que han obtenido el control de una de las instituciones clave en la separación de poderes.

El federalismo enriquece e intensifica el debate escalonado. Si bien el Artículo Cinco puede estar obsoleto, los estados desempeñan un papel importante en el debate nacional. Gobernadores, legisladores y tribunales estatales utilizarán su autoridad para promover o para bloquear las iniciativas de la institución señalizadora; senadores y diputados presionarán vigorosamente a favor de la línea reformista o conservadora que domine en sus circunscripciones.

Ahí es donde entra el sistema electoral. Los resultados de cada contienda electoral llevarán a ambos bandos a recalibrar sus estrategias institucionales y su retórica política. Las victorias conservadoras pueden desbancar a los reformadores de sus puestos en las instituciones señalizadoras, devolviendo el sistema al modo normal y teniendo como resultado un momento

constitucional fallido. Pero si el movimiento reformista sigue ganando elecciones, el sistema entra en la *fase propositiva*. En esta segunda fase, la Cámara, el Senado y el presidente están finalmente preparados para aprobar leyes-hito que rompen decididamente con el *statu quo* constitucional.

Este triunfo cambia la naturaleza del debate público, concentrando aún más la atención de la gente. La perspectiva clara y presente de un cambio fundamental alienta a los estadounidenses corrientes a tomarse la política más en serio. Si no les gusta lo que oyen de sus recién elegidos portavoces al alza en Washington DC, probablemente decidan que ha llegado el momento de echar a los granujas.

Esto dota de un significado característico a las siguientes elecciones, la tercera fase del proceso evolutivo. Si ganan los conservadores, el ímpetu progresista se frena en seco y la revocación o la evisceración de las leyes-hito pasa a ser una posibilidad clara, pero si el movimiento en pro de la reforma revolucionaria gana claramente en las urnas, las calificaré de *elecciones desencadenantes*: los vencedores no solo reclaman un mandato del pueblo para sus recientes reformas, sino que empiezan a impulsar otras iniciativas radicales en su agenda de actuación.

Esto inaugura la cuarta fase en la dinámica, la *elaboración movilizada*. Ahora que los reformadores revolucionarios han aplastado a la oposición en las urnas, la separación de poderes ya no es un obstáculo insalvable para nuevas iniciativas transformadoras. El movimiento ascendente tiene ahora en gran parte el control de todas las instituciones clave: la Cámara de Representantes y el Senado, la presidencia y el Tribunal Supremo. Con su acelerada serie de victorias electorales, su reivindicación de un mandato popular tiene una credibilidad de la que carece en condiciones políticas normales. El reto del movimiento es hacer efectivo este mandato produciendo una serie de leyes-hito, de superprecedentes judiciales y (tal vez) de enmiendas formales que transformen su mandato del pueblo en un legado constitucional perdurable.

Estos periodos creativos nunca duran. El apoyo popular puede disminuir a medida que aumenta la ambición de los reformadores y los líderes del movimiento pueden entrar en conflicto al tratar de redefinir el filo de su agenda de actuación. Después de unas elecciones, de dos o de tres, es posible que los conservadores empiecen a protagonizar un retorno electoral, lo que nos lleva a la siguiente cuestión clave: ¿con qué seriedad ha de tomarse el sistema legislativo esta regresión?

Tal vez muy seriamente. Tal vez indique una amplia determinación popular de repudiar las premisas mismas de las reformas constitucionales que han ganado recientemente autoridad. O tal vez indique simplemente que ha llegado el momento de poner el freno al acelerado periodo de elaboración.

Las siguientes elecciones presidenciales proporcionan un test crucial: ¿existe un aspirante serio que propugne un rechazo total? Si lo hay, y si vence, el nuevo régimen tendrá muchos problemas; sus leyes-hito y sus superprecedentes todavía no se han injertado en la cultura constitucional y permanecen vulnerables a actos decisivos de revocación por parte del Congreso y de anulación judicial. Pero si el nuevo presidente ha prometido su apoyo a las leyes-hito recientemente promulgadas, el resultado es la quinta fase, unas *elecciones ratificadoras*, que generan la sensación colectiva de que el viejo régimen es una cosa del pasado. El reto, en cambio, es perfeccionar los términos del nuevo consenso constitucional en una futura serie de leyes, iniciativas ejecutivas y decisiones judiciales. Durante esta *fase de consolidación*, muchos acérrimos oponentes al régimen ascendente se convierten en conservadores del nuevo régimen. Abandonan sus intentos de regresar a los «viejos tiempos» y tratan de estructurar los términos del consenso constitucional emergente de una forma que exprese sus preocupaciones. Solo tienen éxito parcialmente, ya que lo reformadores ahora afianzados tienen un poderoso papel que jugar en el nuevo acuerdo constitucional.

El sistema regresa entonces a la fase cero: la política ordinaria. Los partidarios del viejo régimen han sido desplazados a los márgenes mientras que la Cámara de Representantes, el Senado, la presidencia y el Tribunal Supremo se enzarzan en furiosas disputas sobre temas de importancia secundaria. Con las viejas pasiones desplazadas por el consenso del nuevo régimen, los ciudadanos corrientes regresan a los márgenes y se centran de un modo más enfático en la búsqueda de la felicidad privada.

Este regreso a la política ordinaria es provisional; tras una década o tres, una nueva llamada a la reforma revolucionaria resuena en la tierra y nuevos líderes afrontarán los rigores de otra larga marcha a través de la separación de poderes: señalizar, proponer, desencadenar, elaborar, ratificar y consolidar nuevos significados constitucionales con su propia voz. O tal vez el intento será bloqueado en una u otra de estas fases, generando una serie intermitente de momentos constitucionales fallidos.

La cuestión que se nos plantea a comienzos del siglo XXI es cómo situar la revolución de los derechos civiles dentro de este ciclo institucional recurrente. ¿Hemos de considerarlo como un momento constitucional fallido? Y en este caso, ¿podemos localizar precisamente la fase en la que falló?

¿O debemos considerarlo como un logro paradigmático de soberanía popular en el siglo XX y otorgar un pleno reconocimiento constitucional a las leyes-hito y a los superprecedentes judiciales que caracterizan su perdurable legado?

III
LA BALA DEL ASESINO

Desde los días de Thomas Jefferson a los días de Barack Obama, ha sido la prerrogativa soberana del Presidente, respaldado por un partido movimiento, situar una agenda revolucionaria para la reforma constitucional en el centro de la política estadounidense. Pero las cosas eran diferentes a mediados del siglo XX: fue el Tribunal Supremo, no la presidencia, el que inició el gran debate. El presente capítulo explora las muchas consecuencias paradójicas de esta sustitución institucional.

El papel del Tribunal fue fundamental pero limitado. *Brown v Board of Education* sirvió como señal constitucional, provocando un debate cada vez mayor entre los estadounidenses corrientes acerca de la necesidad de una Segunda Reconstrucción. El Tribunal no podía ganar la discusión solo. La suerte de *Brown* estuvo pendiente de un hilo hasta que el presidente Johnson y el Congreso le concedieron un apoyo decisivo a las leyes-hito de la década de 1960.

Esto no pudo darse sin una reorganización fundamental de la política estadounidense. Un ataque exitoso contra la segregación racial perturbó inevitablemente la coalición *New Deal* reinante de blancos sureños y minorías étnicas norteñas, que había proporcionado al Partido Demócrata su mayoría de gobierno[1]. Los políticos de éxito no renuncian fácilmente a una fórmula ganadora y, por ello, no tiene nada de extraño que los partidarios del *New Deal* en ese momento considerasen el caso *Brown* con inquietud. ¿Qué venció su resistencia?

El movimiento de los derechos civiles es parte de la respuesta, pero la estructura constitucional y el puro accidente también fueron importantes. Como en la primera Reconstrucción, el asesinato del presidente de turno desempeñó un papel crucial. Los vicepresidentes que ocuparon la Casa Blanca en las décadas de 1860 y 1960 impulsaron el proceso

[1] Véase Ira Katznelson y Quinn Mulroy, «Was the South Pivotal? Situated Partisanship and Policy Coalitions during the New Deal and Fair Deal», *The Journal of Politics*, vol. 74, 2012, p. 604; e Ira Katznelson, *Fear Itself. The New Deal and the Origins of Our Time*, Nueva York, Liveright Publishing, 2013.

constitucional en direcciones muy diferentes: Lyndon B. Johnson hacia la izquierda, Andrew Jackson hacia la derecha. Estos cambios afectaron no solo la sustancia sino también la forma de las revoluciones constitucionales: el desplazamiento de Andrew Johnson hacia la derecha explica por qué la Reconstrucción se expresó por medio de enmiendas adecuadas al Artículo Cinco en la década de 1860, y el desplazamiento de Lyndon B. Johnson hacia la izquierda explica por qué la Segunda Reconstrucción adoptó la forma de leyes-hito. Dada la importancia de la bala del asesino, el capítulo concluye con algunas reflexiones sobre el papel de la contingencia en el derecho constitucional estadounidense.

El capítulo 4 sigue la historia desde el ascenso de Lyndon Johnson en 1963 hasta la caída de Richard Nixon en 1974. Aquí nos encontraremos en un territorio histórico más familiar, con el liderazgo presidencial sustituyendo al liderazgo judicial como motor principal del cambio constitucional. No obstante, la política característica desencadenada por *Brown* generó importantes variaciones en los temas presidencialistas.

Esto requerirá una revaluación del lugar de Richard Nixon en la historia. Los relatos centrados en el Tribunal supremo hacen hincapié en cómo sus nombramientos judiciales conservadores redujeron el ímpetu de la revolución de los derechos civiles del Tribunal presidido por Warren. Yo haré hincapié en una parte diferente de la historia: Nixon aparecerá como un agente crucial en la consolidación del régimen del *New Deal*-Derechos Civiles, colocando un sello bipartidista de aprobación en los principios fundamentales expresados por las leyes-hito del nuevo orden y situando su revocación fuera del alcance de la posibilidad política. Esto permitió al pueblo estadounidense progresar hacia otros retos con una sensación de confianza en que no habría retorno al viejo régimen que había gobernado las relaciones raciales durante la primera mitad del siglo XX.

La política ordinaria y su trastorno

La Segunda Reconstrucción fue un producto de generaciones de activismo, que empezó mucho antes de *Brown* y que continúa en el siglo XXI. Pero este libro no trata de contribuir directamente a esa rica historia[2]. Se centra,

---

[2] Véase Jacqueline Hall, «The Long Civil Rights Movement and the Political Uses of the Past», *Journal of American History*, vol. 91, núm. 4, 2005, p. 1233. Algunas contribuciones notables recientes son: Mark Brilliant, *The Color of America Has Changed: How Racial Diversity Shaped Civil Rights Reform in California, 1941-1978*, Nueva York, Oxford University Press, 2010; Tomiko Brown-Nagin, *Courage to Dissent. Atlanta and the Long History of the Civil Rights Movement*, Nueva York, Oxford University Press, 2011; Glenda Gilmour, *Defying Dixie*, Nueva York, W. W. Norton & Company, 2008; y Thomas Sugrue, *Sweet Land of Liberty: The Forgotten Struggle for Civil Rights in the North*, Nueva York, Random House, 2008.

en cambio, en las dos décadas que transcurren entre 1954 y 1974, cuando los estadounidenses corrientes –tanto blancos como negros– se implicaron de una manera central en sus instituciones nacionales para hacer frente y resolver cuestiones fundamentales de justicia racial. Desde esta perspectiva constitucional la importancia decisiva de *Brown* es innegable.

Para que se entienda bien mi argumento, retrasemos el reloj hasta el 16 de mayo de 1954, un día antes de que Earl Warren hiciese público su famoso dictamen. Una mirada a la escena de Washington DC sirve de ejemplo de manual a la política ordinaria. A comienzos de la década de 1950 todas las grandes instituciones habían aceptado las premisas del *New Deal*, no dejando ninguna apertura institucional obvia para un desafío serio a sus logros constitucionales.

Dwight Eisenhower estaba en la Casa Blanca. Los Republicanos le habían elegido como su candidato presidencial desdeñando a Robert A. Taft, más conocido como «Mr. Republican». Taft estaba impaciente por librar una campaña renovada contra el *New Deal*, apelando al pueblo para que repudiase el legado de Roosevelt, pero la Convención Nacional Republicana sabía que un ataque general al *New Deal* tenía todas las de perder. Correspondió, sin embargo, a un popular héroe de guerra acabar con el control sobre la Casa Blanca que tenía el *New Deal*. La victoria de Eisenhower sobre Adlai Stevenson representó la fase final en la consolidación del régimen del *New Deal*. Si bien los Republicanos habían conquistado finalmente la presidencia, el tipo de «republicanismo moderno» de Eisenhower aceptó el legado constitucional de Roosevelt. Efectivamente, su principal iniciativa doméstica fue el mayor programa de obras públicas de la historia: el sistema interestatal de autopistas. Si bien Harry Truman, como se sabe, había eliminado la segregación racial en las fuerzas armadas mediante una orden ejecutiva, no había ninguna posibilidad de que Eisenhower siguiese su ejemplo situando los derechos civiles en el centro de su agenda política[3].

---

[3] La revuelta de los Dixiecrat en la Convención Nacional Demócrata de 1948 dio a Truman el espacio político que necesitaba para emitir su orden ejecutiva eliminando la segregación racial en el ejército. Dado que previsiblemente la candidatura *dixiecrat* de Strom Thurmond privaría a Truman de unos cuantos votos del Colegio electoral en el Sur profundo (básicamente, Georgia, Alabama, Carolina del Sur, Misisipi, Luisiana y Texas), era lógico apelar a los progresistas del Norte que de otro modo podían sentirse atraídos por la candidatura de izquierdas de Henry Wallace. Pero de hecho Truman evitó adoptar una posición política clara sobre otras cuestiones relativas a los derechos civiles durante la campaña. Véase Gary Donaldson, *Truman Defeats Dewey,* Lexington (KY), University Press of Kentucky, 1999, pp. 188-189.

Una vez elegido, los imperativos de la Guerra Fría alentaron al gobierno de Truman a efectuar otros gestos, incluido un *amicus curiae* en *Brown*, instando al Tribunal a invalidar *Plessy*. Véase Mary Dudziak, «*Brown* as a Cold War Case», *Journal of American History*, vol. 91, núm 1, junio de 2004, p. 32. Pero cuando los magistrados aplazaron su decisión hasta el año siguiente, el gobierno de Eisenhower presentó un informe suplementario, que no logró reafirmar su posición. Como el ayudante del Fiscal General J. Lee Rankin esperaba ser presionado sobre esta cuestión

El Congreso presentaba un aspecto similar. Los Republicanos obtuvieron unas mayorías estrechas después de la victoria de Eisenhower en 1952, pero los Demócratas recuperaron el control en 1954. Dado que los Demócratas sureños controlaban la presidencia de muchos comités clave, el Congreso no estuvo a la vanguardia de ninguna campaña por la justicia racial. Al contrario, fue el movimiento anticomunista liderado por Joseph McCarthy el que dominó la escena constitucional[4].

La National Association for the Advancement of Colored People y su Fondo de Defensa Legal llevaban décadas trabajando duro, pero su regular serie de pequeñas victorias políticas y judiciales apenas era suficiente para desencadenar un debate nacional masivo. La política ordinaria en Estados Unidos es *siempre* la escena de una intensa actividad de diversos grupos de interés, que cuenta con la presencia de innumerables colectivos que presionan vigorosamente en diferentes direcciones y celebran alborozados sus pequeños éxitos. Pero nada en los años de posguerra daba a entender las movilizaciones de masas, que explotarían pronto en la conciencia nacional; el boicot de los autobuses de Birmingham empezó tan solo a finales de 1955, cuando Martin Luther King Jr. se estaba graduando en la Facultad de Teología.

En ese contexto, *Brown* cayó como una bomba, obligando a todas las partes a hacer frente a un problema que amenazaba con hacer pedazos la política ordinaria.

Brown v. Board of Education como señal

Calificando a *Brown v. Board of Education* de señal constitucional tomo el camino del medio entre los legalistas que exageran la importancia del caso *Brown* y los politólogos que lo trivializan[5]. Para los legalistas, el Tribunal

---

en el argumento oral, «pidió instrucciones al [fiscal general] Brownell, que presumiblemente las había acordado con Eisenhower. Las instrucciones eran: "No lo diga voluntariamente […]. Pero si se lo preguntan, y solo si se lo preguntan, diga "Nos adherimos a la posición previamente adoptada por Estados Unidos"». Rankin siguió estas instrucciones al pie de la letra. Véase Norman Silber, *With All Deliberate Speed: The Life of Philip Elman*, Ann Arbor (MI), University of Michigan Press, 2004, p. 212 (cita de Elman, un ayudante del Procurador General que ayudó a preparar a Rankin para el argumento oral).

[4] Véase Barbara Sinclair, *The Transformation of the U.S. Senate*, Baltimore (MD), Johns Hopkins University Press, 1990, p. 53.

[5] Los legalistas son legión. El relato clásico de la ciencia política es el de Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago (IL), Chicago University Press, 1991, pp. 42-169, que subraya acertadamente el papel fundamental de la política en la ratificación de *Brown* en la década de 1960, pero le quita importancia al papel constructivo del Tribunal para obligar al *establishment* político y a los estadounidenses en general a abordar la cuestión constitucional durante la década de 1950.

de Warren se halla en el centro de la historia durante toda la era de los derechos civiles, llevando a una nación renuente a tener finalmente en cuenta las disposiciones de las Enmiendas de la Reconstrucción. Los politólogos tienen derecho a mofarse de esta visión centrada en lo judicial; *Brown* fue muy vulnerable hasta que el Tribunal se vio reforzado por la política constitucional de la presidencia de Johnson. Pero si bien *Brown* no consiguió integrar a muchas escuelas sureñas durante la década de 1950, sí catalizó un debate cada vez mayor en los centros de trabajo, en las iglesias, en las sobremesas y en los bares de toda la nación de una forma que es rara en Estados Unidos (o en cualquier otro lugar, en realidad)[6].

Los banalizadores no tienen suficientemente en cuenta este punto, pero es fundamental. La producción normativa de carácter superior en Estados Unidos no es nunca una cuestión instantánea; es un proceso prolongado, de una década o dos, que empieza cuando una institución gubernamental importante inaugura un periodo sostenido de debate político extraordinario y que culmina cuando los tres poderes generan una serie de textos legales decisivos en nombre de Nosotros, el Pueblo. El papel del caso *Brown* precipitando esta dinámica es muy importante. Garantizó que si alguna vez se producía un cambio fundamental, este cambio no sería el resultado de un *diktat* desde arriba, sino la consecuencia de un debate y decisión desde abajo.

Pero, ¿*romperían* alguna vez los estadounidenses de forma decisiva con Jim Crow?

Solo una cosa estaba clara: el sistema político tendría una dificultad especial para responder a esta cuestión[7]. Cuando Lincoln y Roosevelt utilizaron su elección para plantear cuestiones igualmente fundamentales, sus partidos políticos ya habían ganado suficiente coherencia para llevar al país a una elección nacional. Pero ahora que el Tribunal había sustituido a la presidencia con su afirmación de una autoridad señalizadora, los partidos tendrían que pelearse en respuesta a la profunda crisis constitucional que *Brown* estaba generando.

---

[6] Véase Michael Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, pp. 364-366.

[7] Este punto fundamental es trivializado por algunos juristas que tratan de reivindicar el caso *Brown* señalando que las encuestas de opinión pública y otras pruebas apuntan a que una estrecha mayoría nacional respaldó el dictamen de *Brown* en 1954. Véase Barry Friedman, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2009, pp. 244-245; Jeffrey Rosen, *The Most Democratic Branch: How the Courts Serve America*, Nueva York, Oxford University Press, 2006, pp. 63-64. Pero el Tribunal de *Brown* no podía saber si esa estrecha mayoría se hundiría bajo la presión de la reacción o si daría lugar a un movimiento movilizado a favor de los derechos civiles. Para una crítica perspicaz, véase Justin Driver, «The Consensus Constitution», *Texas Law Review*, vol. 89, 2011, p. 755. Para una aguda reflexión sobre las tremendas implicaciones que ello tuvo en el ascenso de los derechos civiles, véase Paul Frymer, *Black and Blue: Africans Americans, The Labor Movement and the Decline of Democratic Party*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2008.

La primera ventaja fue para los Republicanos. Como partido de la minoría en el régimen del *New Deal*, tenían una oportunidad de oro para explotar un problema que podía dividir a las secciones del norte y del sur de la coalición política dominante. Como el «partido de Lincoln», los Republicanos no podían competir con los Demócratas blancos mostrándose complacientes con los sentimientos racistas presentes en el Sur. Pero sí estaban bien situados para apelar al pujante voto negro en el Norte. Durante la década de 1930, los negros del Norte se habían pasado a los Demócratas en apoyo del *New Deal*. *Brown* puso a prueba aquel reciente cambio: Warren era Republicano, nombrado por el primer presidente republicano desde 1932, y los negros respondieron dando casi el 40 por 100 de sus votos a Eisenhower y Nixon en 1956. Durante la década de 1950, los votantes estadounidenses –tanto blancos como negros– identificaron sistemáticamente a los Republicanos como el partido racialmente progresista, si bien por un margen muy estrecho[8]. Aunque el propio Eisenhower era poco entusiasta en este sentido, el liderazgo republicano fue ampliamente antirracista en su orientación. Si bien su principal preocupación era hacer que la regulación económica fuese más amistosa con el sector empresarial, *Brown* no requirió una recombinación desgarradora del ADN del partido.

No puede decirse lo mismo de los Demócratas. Cuando Adlai Stevenson hizo campaña por la presidencia en 1956, tuvo que hacer frente a la dificultad estándar del *New Deal*. Tuvo que atraer tanto los votos de los blancos sureños como los de las minorías étnicas del Norte (entre los cuales los negros eran solo uno de los muchos grupos significativos). Lo hizo adoptando una postura considerablemente poco sólida en la cuestión de los derechos civiles, igual que hizo la prometedora presidencia de John F. Kennedy[9].

Una anécdota de la Convención Nacional Demócrata de 1956 lo deja muy claro. Stevenson rompió con el pasado pidiendo a la convención que eligiese a su compañero de candidatura. Kennedy saltó al ruedo junto con el senador Estes Kefauver, de Tennessee, que había obtenido notoriedad

---

[8] Edward G. Carmines y James A. Stimson, *Issue Evolution. Race and the Transformation of American Politics*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1989, pp. 111-112 (figuras 4.7, 4.8).

[9] *Ibid.*, pp. 35-37, 56 (figura 2.3). Aparte de sus posiciones públicas, la conversación privada de Stevenson con Arthur Schlesinger en 1956 es reveladora: «Respecto a los derechos civiles, siguió diciendo que […] era suscitar falsas esperanzas sugerir que el corazón y la mente de la gente se pueden cambiar mediante la coerción; que los líderes negros estaban perjudicando sus propios objetivos cuando ejercían presión; que la única esperanza que tenían los negros era reducir la tensión y dejar que los sureños de mentalidad moderada asumiesen el liderazgo local y resolvieran el problema de su encaje de una forma gradualista […]. Yo le dije que los negros no habían conseguido nunca nada a menos que hubiesen presionado, y que lo sabían […]. Le dije que él esperaba que los negros fuesen más razonables de lo que esperaba que lo fuesen los sureños, y que eso me parecía injusto. Me replicó que por supuesto que era injusto […], pero que la vida también es injusta», Arthur Schlesinger, *Journals: 1952-2000*, Andrew y Stephen Schlesinger (eds.), Nueva York, Penguin, 2007, pp. 41-42.

recientemente por negarse a firmar el Manifiesto Sudista de sus colegas denunciaba a *Brown*. En consecuencia, los delegados racistas acudieron en masa a Kennedy: «Por extraño que fuese ver a unos segregacionistas vitoreando a un católico romano graduado en Harvard, los veinte delegados de Misisipi daban gritos de ánimo al dar sus votos al candidato de Nueva Inglaterra, mientras que la delegación de Strom Thurmond, de Carolina del Sur, no dejaba de entonar la salmodia: «Queremos a Kennedy, queremos a Kennedy»[10].

Una dinámica partidista similar se puso de manifiesto cuando el presidente y el Congreso abordaron el problema de los derechos civiles. Aunque Eisenhower era personalmente algo tibio, su Fiscal General, Herbert Brownell, era un convencido partidario de la igualdad racial. No solo se aseguró de que los candidatos al Tribunal Supremo diesen su poyo incondicional a *Brown*, sino que también promocionó a una serie de partidarios moderados de la igualdad racial en los tribunales federales del Sur. Cuando el presidente inició su campaña en 1956, Brownell le convenció de que refrendase el plan de su departamento a favor de la primera ley de derechos civiles importante desde la Reconstrucción[11].

La propuesta de Brownell era modesta, pero su aprobación fue simbólicamente importante: los Republicanos estaban una vez más saliendo a escena como el partido de Lincoln[12]. Cuando los Demócratas sureños amenazaron con maniobras obstruccionistas contra el espectro de la dominación *yankee*, el vicepresidente Richard Nixon lanzó un ataque preventivo a la estrategia de tierra quemada de los sureños. Mientras el Senado se organizaba para ponerse en marcha en 1957, Nixon dirigió una abstrusa cuestión constitucional que tenía unas implicaciones muy concretas: dado

---

[10] Véase Nick Bryant, *The Bystander: John F. Kennedy and the Struggle for Black Equality*, Nueva York, Basic Books, 2006, p. 58.

[11] Véase Herbert Brownell y John Burke, *Advising Ike: The Memoirs of Attorney General Herbert Brownell*, Lawrence (KS), University Press of Kansas, 1993, pp. 163-230.

[12] Véase Robert Burk, *The Eisenhower Administration and Black Civil Rights*, Knoxville (TN), University of Tennessee Press, 1984, pp. 204-227. Daniel Rodríguez y Barry Weingast no aciertan a ver este punto en su influyente estudio «The Positive Political Theory of Legislative History: New Perspectives on the Civil Rights Act of 1964 and its Interpretation», *University of Pennsylvania Law Review*, vol, 15-1, núm. 4, 2003, pp. 1417, 1458: «Aunque es verdad que, desde el presidente Lincoln, los Republicanos habían sido el partido que defendía los derechos de los afroamericanos, esta asociación histórica cambió hasta cierto punto con Franklin Roosevelt y el *New Deal*. Este cambio continuó hasta la década de 1950, momento en que el presidente Eisenhower pasó a ser un renuente partidario de los derechos civiles». Por el contrario, los estadounidenses siguieron identificando a los Republicanos como el partido racialmente progresista a finales de la década de 1950 y comienzos de la década de 1960, y el éxito de Eisenhower consiguiendo el 40 por 100 del voto negro en 1956 dio visos de realidad a la hipótesis de que la mayor parte de los negros podrían volver al partido de Lincoln. Si Eisenhower se mostró personalmente «reticente» en su respaldo a *Brown*, Adlai Stevenson lo era aún más. Véase E. G. Carmines y J. A. Stimson, *Issue Evolution: Race and the Transformation of American Politics*, cit., pp. 35-37, 56 (figura 2.3), 111-12 (figuras 4.7, 4.8); y A. Schlesinger, *Journals: 1952-2000*, cit.

que las dos terceras partes de sus miembros procedían de su periodo previo, ¿tenía el Senado que organizarse de nuevo empezando desde cero? O, ¿era, en realidad, un organismo persistente ligado por las reglas que gobernaban la sesión anterior?

No hay respuesta correcta a esta cuestión metafísica, pero en la práctica era muy importante. Si el Senado era un organismo permanente, ello significaba que la «regla obstruccionista», que requería las dos terceras partes del voto para su clausura, se aplicaba automáticamente. Si no, una mayoría simple de cuarenta y nueve Republicanos y Demócratas norteños podían superar el requisito de los dos tercios desde la sesión misma de apertura.

Los presidentes del Senado habían procedido tradicionalmente sobre la base de que el Senado era un organismo permanente. Pero Nixon dejó atónito al Sur declarando lo contrario, preparando el camino para una cómoda aprobación de la legislación de Brownell[13].

Esto le creó un gran problema a Lyndon B. Johnson. Como líder de la mayoría senatorial, se había negado a firmar el Manifiesto Sudista y se había distanciado de sus colegas del Norte, pero también estaba totalmente decidido a no cortar todos los lazos con sus compañeros del Sur. Utilizando todas sus habilidades políticas, Johnson consiguió desviar el ataque de Nixon contra el bloque obstruccionista mediante su propia pirotecnia parlamentaria[14]. De todos modos, la victoria procedimental de Johnson no hizo más que subrayar la renovada reafirmación de los Republicanos del progresismo racial: en la discusión sobre el obstruccionismo parlamentario, Nixon estaba al lado de Lincoln, mientras que Johnson defendía la causa de los racistas sureños.

Johnson no podía permitirse este encasillamiento si quería ser algún día presidente, especialmente teniendo en cuenta que, en general, había votado en línea con el estándar sureño sobre temas raciales desde su llegada al Congreso en 1937[15]. Si no era capaz de cambiar esta imagen, nunca obtendría suficiente apoyo del Norte para ganar la nominación presidencial del Partido Demócrata. Así, después de preservar al bloque obstruccionista, Johnson cambió de táctica. Se propuso convencer a sus compañeros sureños

---

[13] Véase *Congressional Record*, 103th Congress, 1st Sess., 1957, pp. 178-179.

[14] Véase Robert Caro, *The Years of Lyndon Johnson. Master of the Senate*, Nueva York, Alfred Knopf Inc., 2002, pp. 857-858.

[15] Durante su primera década en la Cámara de Representantes, entre 1938 y 1948, Johnson votó de una forma paradigmáticamente sureña contra todas las iniciativas sobre derechos civiles. Véase Mark Stern, *Calculating Vision: Kennedy, Johnson, and Civil Rights*, New Brunswick (NJ), Rutgers University Press, 1992, p. 120. Johnson siguió una estrategia similar para ganar tiempo al tratar la *Civil Rights Act* de 1960, atenuando una vez más drásticamente el proyecto de ley para evitar el obstruccionismo sureño. Véase Robert Mann, *The Walls of Jericho. Lyndon Johnson, Hubert Humphrey, Richard Russell, and the Struggle for Civil Rights*, Nueva York, Harcourt Brace,1996, pp. 198-199, 252-260; Jonathan Rosenberg y Zachary Karabell, *Kennedy, Johnson, and the Quest for Justice*, Nueva York, W. W. Norton and Co., 2003, pp. 23-25.

para que aceptasen una legislación sobre derechos civiles «de compromiso» que no tuviese un impacto serio en el mundo real de Jim Crow. Para que la maniobra le saliese bien necesitaba que algunos Demócratas clave del Norte, como el senador Kennedy, diesen su aprobación a su huero «compromiso».

Esto puso a Kennedy en un aprieto. Su estado, Massachusetts, era un semillero de grupos pro derechos civiles, que ejercían una fuerte presión contra todo compromiso que pudiese eviscerar la ley. Pero en último caso, Kennedy rechazó las peticiones de su estado natal y votó con Johnson, debilitando fatalmente el proyecto de ley. Su decisión reflejaba las perplejidades de todos los candidatos demócratas a la presidencia: del mismo modo que Johnson necesitaba una legislación de derechos civiles simbólica para pacificar el Norte, Kennedy necesitaba tranquilizar al Sur blanco mostrándole que no estaba interesado en una Segunda Reconstrucción. Finalmente, Johnson y Kennedy improvisaron un proyecto de ley de derechos civiles poco sólido, pero le correspondió a Richard Nixon asumir la responsabilidad de la rectitud al condenar el compromiso como «uno de los días más tristes de la historia del Senado, porque emitió un voto contra el derecho a votar»[16].

Las dificultades políticas a las que se enfrentarían los futuros presidentes demócratas se vieron aumentadas por la reacción sureña contra *Brown*. Desde el *New Deal* se había producido una mejora gradual en la situación de intimidación racial, con una nueva generación de Demócratas sureños que ponían el énfasis en las mejoras económicas patrocinadas por el gobierno, como la Autoridad del Valle de Tennessee, la electrificación rural y la mitigación de los llamamientos a la supremacía blanca. Pero el caso *Brown* provocó un fuerte retroceso de los blancos sureños, que repudiaron en las urnas a conocidos moderados[17]. La generación ascendente de políticos se dio rápidamente por enterada. Tras perder sus primeras elecciones como moderado racial, George Wallace juró que nadie «me ganará de nuevo por cuestiones que tengan que ver con los negros»[18].

---

[16] Véase Nick Kotz, *Judgment Days: Lyndon Baines Johnson, Martin Luther King Jr., and the Laws That Changed America*, Nueva York, Houghton Miffin Company, 2005, p. 76. Una vez más, véase D. Rodríguez y B. Weingast, «The Positive Political Theory of Legislative History: New Perspectives on the Civil Rights Act of 1964 and its Interpretation», cit., no aprecian estas complejidades, cuando afirman que «fueron los Demócratas quienes impulsaron la legislación [sobre los derechos civiles] en 1957 y 1960», *ibid.*, p. 1458. Si bien mi discusión en el texto pone énfasis en la ley de 1957, la dinámica de la ley de 1960 era igualmente compleja, con el republicano William McCulloch jugando un papel fundamental al impulsar la ley en la Cámara, mientras Lyndon B. Johnson diluía algunas disposiciones clave en el Senado. Véanse las fuentes citadas en la nota anterior.

[17] Michael Klarman describe brillantemente la radicalización de la política sureña provocada por *Brown* en *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*, cit., pp. 385-408.

[18] Dan Carter, *The Politics of Rage: George Wallace, the Origins of the New Conservatism, and the Transformation of American Politics*, Nueva York, Simon and Schuster, 1995, p. 96.

La política del estado-frontera de Arkansas sirvió como señal de los tiempos. Cuando Eisenhower, como es sabido, envió la 101 División Aerotransportada en respuesta al desafío en Little Rock del gobernador demócrata Orval Faubus, los votantes de Arkansas recompensaron a su gobernador con una victoria arrolladora. Mientras que los progresistas partidarios de la igualdad racial castigaban a Eisenhower por su obvia reticencia a adoptar medidas militares, las escenas vividas en Little Rock revigorizaron las definiciones históricas de la política racial de los dos partidos: igual que en los días de la Reconstrucción, un presidente republicano hacía caso omiso de las enérgicas protestas de los Demócratas blancos.

A medida que se aproximaban las elecciones presidenciales de 1960, la suerte de *Brown* era cada vez más dudosa. Martin Luther King Jr., con la ayuda de una oportuna orden del Tribunal Supremo, había llevado a los negros de Montgomery a la victoria en su boicot de 381 días a la segregación en los autobuses en diciembre de 1956[19]. Pero las campañas subsiguientes terminaron de un modo más ambiguo[20]. Por el contrario, cientos de miles de racistas sureños se congregaron ante las secciones del White Citizens' Council alentando actos de violencia y pidiendo la promulgación de leyes estatales encaminadas a destruir las organizaciones negras. La resistencia masiva dejó en suspenso la abolición de la segregación racial en amplias áreas del Sur[21].

La campaña Kennedy-Nixon no hizo nada para resolver este punto muerto. Sus prioridades estaban en otra parte, concretamente en la política exterior, mientras ambos reclamaban ser el mejor soldado de la Guerra Fría. En el frente doméstico, era la economía y no la cuestión racial lo que dominaba la atención. Cuando la campaña de 1960 estaba en su punto culminante, Kennedy telefoneó, como es bien sabido, a Coretta King después de que en Georgia metieran en la cárcel a su marido, y utilizó sus contactos en el Partido Demócrata (blanco) para conseguir la liberación del líder de los derechos civiles. Este gesto le valió unos cuantos votos negros, pero una simple llamada telefónica no era suficiente para señalar un giro decisivo en la «estrategia sureña» de Kennedy durante la década de 1950.

El día de las elecciones fue un día de suspense. Solo 100.000 votos –un margen del 0,1 por 100– separaba a los dos candidatos[22]. Si Nixon

[19] Véase *Gayle v. Browder*, 352 U.S., 1956, p. 903.
[20] Véase Taylor Branch, *Parting the Waters: America in the King Years, 1954-1963*, Nueva York, Simon and Schuster, 1988, pp. 206-271.
[21] Véase M. Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*, cit.
[22] Con la ayuda de su compañero de candidatura Lyndon B. Johnson, Kennedy se impuso en la mayor parte del Sur, obteniendo los votos electorales de los supremacistas blancos en Alabama (cinco votos), Arkansas (ocho), Georgia (doce), Carolina del Sur (ocho) y Luisiana (diez), así como los de los más moderados estados de Carolina del Norte (catorce), Missouri (trece) y Texas (veinticuatro). Como Kennedy obtuvo solo trescientos tres votos electorales, necesitó los de

hubiese ganado, podría haber utilizado por su historial en pro de los derechos civiles para alentar a los estadounidenses negros a reintegrarse en el partido de Lincoln.

En este escenario, este hipotético Nixon habría saludado a la ola de sentadas que recorrió el Sur en 1960 como una gran oportunidad política y hubiese instado al Congreso a aprobar un enérgico proyecto de ley del derecho al voto, que hubiese permitido a los votantes negros crear un poderoso Partido Republicano en el Sur por primera vez desde la Reconstrucción. Este logro habría alentado también a los progresistas antisegregacionistas del resto del país a entrar de manera decisiva en las columnas del Partido Republicano, dejando el Partido Demócrata para los racistas más acérrimos.

La dinámica presidencialista de la década de 1960 habría sido muy parecida a la de la década de 1930. El tratamiento por parte de Roosevelt del movimiento obrero proporciona un punto de referencia muy útil. El *New Deal* rompió claramente con el viejo régimen reconociendo la negociación colectiva como un derecho fundamental[23]. Sus iniciativas legislativas provocaron campañas masivas de sindicación, cuyos organizadores se manifestaban con pancartas que rezaban: «El Presidente quiere que te afilies al sindicato»[24].

Nixon podría haber respondido de modo parecido, impulsando la promulgación de leyes enérgicas pro derechos civiles que expresasen tanto los principios como los intereses políticos del moderno Partido Republicano. Pero para Kennedy, las Caravanas de la Libertad y las sentadas eran un problema, no una oportunidad. En su mayor parte gestionó estas tensiones entre los Demócratas del Norte y los del Sur centrándose en otros asuntos: el desafío que planteaba la Unión Soviética en el exterior y la necesidad de garantizar la prosperidad económica en el interior mediante una reducción de impuestos de corte keynesiano. No hubo grandes iniciativas en pro de la justicia racial durante los primeros cien días de Kennedy o durante los primeros novecientos, para el caso. La clásica estrategia movimiento-partido-presidencia para el cambio constitucional era una amenaza de suicidio para la Democracia del *New Deal*, algo de lo que todo el mundo era perfectamente consciente.

---

cuatro de los cinco primeros estados racistas para superar el umbral de doscientos setenta votos requeridos para la victoria. Véase David Leip, «United States Presidential Election Results», *Dave Leip's Atlas of U.S. Presidential Elections*, 2012, http://uselectionatlas.org /RESULTS/index.html.

[23] Véase Karen Orren, *Belated Feudalism: Labor, the Law, and Liberal Development in the United States*, Nueva York, Cambridge University Press, 1991.

[24] Véase Irving Bernstein, *Turbulent Years: A History of the American Worker, 1933-1941*, Boston (MA), Houghton Mifflin Co., 1970, pp. 37-125.

Las cosas cambiaron solo en la primavera de 1963. Las manifestaciones por los derechos civiles en Birmingham provocaron una violenta respuesta racista. Cuando la policía reprimió brutalmente unas manifestaciones pacíficas, una ola de repugnancia nacional llevó a Kennedy a pronunciar su primera condena moral en un discurso retransmitido por la televisión. Y continuó con una propuesta presidencial para un decisivo avance legislativo en el ámbito de los derechos civiles[25].

Martin Luther King Jr. llevó entonces la política movimiento a un nuevo nivel con la Marcha Sobre Washington de finales de agosto. Frente a un cuarto de millón de activistas reunidos en el Lincoln Memorial, King no se limitó a expresar su sueño sobre un futuro distante. Presentó una agenda de actuación:

> Hay quienes preguntan a los partidarios de los derechos civiles: «¿Cuándo os daréis por satisfechos?».
>
> No podemos darnos por satisfechos [1] mientras los negros sean víctimas de los incalificables horrores de la brutalidad de la policía. No podemos darnos por satisfechos [2] mientras nuestros cuerpos, fatigados de tanto trabajar y viajar, no puedan encontrar alojamiento en los moteles de las carreteras y en los hoteles de las ciudades.
>
> No podemos darnos por satisfechos [3] mientras la movilidad básica de los negros sea la de trasladarse de un gueto pequeño a un gueto mayor.
>
> No podemos darnos por satisfechos [4] mientras nuestros hijos se vean despojados de su identidad y de su dignidad por letreros que digan «solo para blancos».
>
> No podemos darnos por satisfechos [5] mientras un negro en Misisipi no pueda votar y un negro en Nueva York crea que no tiene nada por lo que votar.[26]

King estaba anticipando las preocupaciones de las leyes-hito que pronto establecerían el canon constitucional de la revolución de los derechos civiles: la *Civil Rights Act* de 1964 constituye una respuesta decisiva a sus

---

[25] Arthur Schlesinger, que normalmente admiraba a Kennedy, resume el programa de este sobre los derechos civiles durante sus dos primeros años como «una mejora con cuentagotas y poco sistemática de la legislación electoral, ayuda técnica a los distritos escolares que buscan voluntariamente la abolición de la segregación racial y la ampliación de la vida de la Comisión de Derechos Civiles», A. Schlesinger, *A Thousand Days: John F. Kennedy in the White House*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1965, p. 951. Para dos visiones más detalladas, compárese el relato comprensivo de Carl Brauer, *John F. Kennedy and the Second Reconstruction*, Nueva York, Columbia University Press, 1977, con la interpretación más crítica que ofrece N. Bryant, *The Bystander: John F. Kennedy and the Struggle for Black Equality*, cit., pp. 225-427.

[26] Drew D. Hansen, *The Dream: Martin Luther King, Jr., and the Speech that Inspired a Nation*, Nueva York, Ecco/Harper Collins, 2003, pp. 77-78. He añadido la numeración en cinco puntos para hacer más clara la exposición.

demandas de terminar con las leyes segregacionistas en los establecimientos públicos (punto 2 de la cita) y en la escolarización pública (punto 4), así como la *Voting Rights Act* de 1965, que eliminó las barreras al voto negro (5), y la *Fair Housing Act* de 1968, que abrió los barrios residenciales blancos (3). King no apunta explícitamente a la discriminación en el lugar de trabajo –otra de las prioridades de la *Civil Rights Act*–, pero recuerda que estaba encarando la Marcha sobre Washington por el Trabajo y la Libertad[27].

Pese al éxito retórico de King en el Lincoln Memorial, el apoyo de Kennedy siguió siendo poco firme. El Sur blanco había proporcionado su margen de victoria en 1960. Si respaldaba públicamente un proyecto de ley rupturista garantizaría un obstruccionismo más prolongado en el Senado, lleno de denuncias sureñas, justo cuando se estaba preparando para la reelección. Todo este revuelo sería particularmente nocivo, si Barry Goldwater se convertía en su oponente republicano y hacía de su oposición a las leyes de derechos civiles el eje principal de la campaña[28]. Recordando más tarde aquel momento, King comentó que si Kennedy hubiese vivido, «habría habido continuas demoras e intentos de eludir [la legislación sobre los derechos civiles] y de atenuarla en todo momento»[29].

Al fin y al cabo, esto fue precisamente lo que sucedió con la primera ley de derechos civiles en 1957 y también lo que sucedió en 1960, cuando Lyndon B. Johnson debilitó gravemente un proyecto de ley de derechos civiles de la Cámara de Representantes antes de presentarlo al Senado[30].

---

[27] El énfasis de King sobre la brutalidad policial no es abordado por las leyes-hito, aunque es una de las grandes cuestiones abordadas por el Tribunal presidido por Warren. La relación entre el Tribunal y el movimiento es particularmente complicada en este campo y la retomaré en el cuarto volumen de esta serie.

[28] Véase N. Kotz, *Judgment Days: Lyndon Baines Johnson, Martin Luther King Jr., and the Laws That Changed America*, cit., p. 62: «Cuando quedó claro que el senador Barry Goldwater […] probablemente sería el candidato presidencial republicano, King intuyó que Kennedy se mostraría menos proclive a presionar en pro de los derechos civiles»; Robert Caro, *The Years of Lyndon Johnson: The Passage of Power*, 2012, Nueva York, Alfred Knopf Inc., p. 347: «En su última conferencia de prensa […] Kennedy, en vez de repetir sus exigencias de una aprobación rápida […] había hablado de un "parto de dieciocho meses", lo que significaba que […] el proyecto de ley de derechos civiles [sería aprobado] a finales de [1965]».

[29] Véase T. Branch, *Parting the Waters: America in the King Years, 1954-1963*, cit., p. 922 (comillas de la cita omitidas). Los miembros del *establishment* que tenían acceso a información privilegiada expresaron sentimientos similares. El decano de la Harvard Law School, Erwin Griswold, miembro de la Comisión de Derechos Civiles entre 1961 y 1967, comentó: «Se logró mucho más bajo el mandato de Johnson de lo que se hubiera conseguido de estar vivo Kennedy. Naturalmente, las cosas habían cambiado, pero no era solo por el asesinato. Kennedy no tenía una postura firme respecto a los derechos civiles». Entrevista, 29 de octubre de 1975, archivada en la Kennedy Library de Boston, Massachusetts, Scott Rafferty Papers, Box 1.

[30] Véase R. Mann, *The Walls of Jericho: Lyndon Johnson, Hubert Humphrey, Richard Russell, and the Struggle for Civil Rights*, cit., pp. 252-260.

De hecho, precisamente porque estaba anticipando futuros bloqueos, King no interrumpió su programa de acción: «Hoy os digo, amigos míos, que aunque estemos haciendo frente a las dificultades de hoy y del mañana, todavía tengo un sueño»[31]. El sueño de King es una respuesta, al menos en parte, a su reconocimiento de que la dinámica movimiento-partido-presidencia se había estancado, al menos hasta 1965 y posiblemente para siempre.

¿Qué podía hacerse, si es que podía hacerse algo, para romper aquel punto muerto?

El asesinato y el cambio constitucional

La bala del asesino: Lee Harvey Oswald creó un espacio constitucional para una acción legislativa decisiva, abriendo el camino para que Lyndon B. Johnson salvase la revolución de los derechos civiles a costa de destruir la coalición del *New Deal*.

Son muchas las paradojas que se manifiestan aquí, pero todas tienen sus raíces en la desacertada creación en la Constitución del cargo de vicepresidente. El sistema de selección existente ofrece a los candidatos presidenciales poderosos incentivos para equilibrar la lista nombrando un compañero de candidatura de otra región que hable con un acento ideológico diferente[32]. Esto significa que la bala de un asesino genera un doble impacto: la nación no solo llora a un líder caído, sino que tiene que habérselas con un sustituto dispuesto a impulsar la política en una dirección diferente. Esta pauta se ha repetido una y otra vez: el progresista Teddy Roosevelt era, para decirlo suavemente, un extraño sustituto del reaccionario William McKinley, y dislocaciones similares se produjeron en la mayoría de los casos en los que un vicepresidente sucedió al presidente.

La Reconstrucción proporciona el ejemplo más ilustrativo de ello. En 1864 Lincoln eligió a un Demócrata sureño favorable a la guerra, Andrew Johnson, para equilibrar la candidatura, posibilitando que la bala de John Wilkes Booth pusiera a un conservador en cuestiones raciales en la Casa Blanca en un momento en que los Republicanos estaban preparando su gran salto adelante después de la Guerra Civil. Cuando se reunió por primera vez el Congreso en 1865, la Decimocuarta Enmienda no era una prioridad. Los Republicanos estaban preparándose para utilizar la recientemente ratificada Decimotercera Enmienda como plataforma para una

---

[31] Véase D. D. Hansen, *The Dream: Martin Luther King, Jr., and the Speech that Inspired a Nation*, cit., pp. 79-80.

[32] Exploro este error de la Fundación, así como el fracaso del intento de la Duodécima Enmienda de remediarlo, en *The Failure of the Founding Fathers*, cit., pp. 203-206.

serie de leyes-hito, que reivindicasen el nuevo compromiso de la nación con la igualdad. Fueron solo los repetidos vetos de Johnson lo que forzó a los Republicanos a convertir la Decimocuarta Enmienda en su plataforma electoral en 1866, mientras luchaban contra la enérgica campaña de Johnson para apartarlos del poder[33].

Si Booth hubiese errado el tiro en el Teatro Ford, los juristas se contarían a sí mismos una historia diferente acerca de la Reconstrucción. Si Lincoln hubiese permanecido a salvo en la Casa Blanca, habría firmado con orgullo las leyes-hito vetadas por Johnson y habría cubierto las vacantes del Tribunal Supremo con unos jueces republicanos firmes con los que podría haber contado para confirmar dichas leyes con unos elocuentes dictámenes judiciales, que habrían invalidado el fallo de *Dred Scott v. Ferguson*[34]. Con las leyes-hito y los superprecedentes en vigor habría sido innecesario que los Republicanos fuesen más allá proponiendo la primera sección de la Decimocuarta Enmienda. La Reconstrucción de la década de 1860 se habría parecido más a la Reconstrucción de la década de 1960, con las enmiendas formales desempeñando un papel menor mientras que las leyes-hito y los dictámenes judiciales hubieran tenido un mayor peso en el legado constitucional del Partido Republicano.

Pero John Wilkes Booth intervino, exponiendo el fallo estructural de la vicepresidencia en el peor momento. Aunque los estadounidenses habían votado a Lincoln, Andrew Johnson transformó posteriormente la presidencia en el gran enemigo institucional de la revolución igualitaria. Una vez perdida la presidencia, los Republicanos ya no podían contar con el Tribunal Supremo para revocar *Dred Scott*. Si querían garantizar plenos derechos de ciudadanía a los estadounidenses negros, ahora había una sola manera de hacerlo: utilizar el último bastión del Congreso para proponer determinadas enmiendas constitucionales que contuviesen explícitamente dichas garantías.

Pero incluso estas iniciativas se topaban con unas dificultades formidables. El Artículo Cinco requería la aprobación de tres cuartas partes de los estados y los legisladores blancos del Sur estaban perfectamente preparados para rechazar la Decimocuarta y la Decimoquinta Enmiendas, privándolas con ello de validez legal. Cuando se enfrentaron con esta perspectiva, los Republicanos del Congreso utilizaron la fuerza militar y otras desesperadas maniobras constitucionales para introducir sus

---

[33] Véase B. Ackerman, *We the People, Transformations*, vol. 2, cit., pp. 169-178.

[34] Lincoln afirmó repetidamente que quería ver «revocado el caso Dred Scott si era posible, y que se promulgase una nueva regla judicial sobre este asunto». Abraham Lincoln, Sexto debate con Stephen A. Douglas, 13 de octubre de 1858, en R. P. Basler (ed.), *Collected Works of Abraham Lincoln*, cit., vol. 3, pp. 245, 255; Abraham Lincoln, Discurso en Columbus, Ohio, 16 de setiembre de 1859, en *ibid.*, pp. 400, 401.

enmiendas por medio de las asambleas legislativas sureñas. Estos torpes y duros métodos contribuyeron a la alienación del Sur blanco durante generaciones. Dada la bala del asesino, sin embargo, la reconstrucción militar fue necesaria para hacer que el pueblo estadounidense dejase constancia de la cuestión de la ciudadanía negra[35].

Pasemos ahora rápidamente a la década de 1960. Kennedy, como Lincoln, equilibró su candidatura el año de las elecciones con un sureño llamado Johnson[36]. Pero esta vez la bala del asesino puso bruscamente la presidencia al lado de la revolución de los derechos civiles. Mientras que Andrew Johnson repudió a los Republicanos igualitarios de la década de 1860, Lyndon B. Johnson rechazó el enfoque conservador de Kennedy de las relaciones raciales[37].

Parte de este cambio fue el resultado de la convicción personal; Johnson simplemente tenía unos compromisos igualitarios más fuertes que Kennedy. Pero los presidentes también estaban respondiendo a dos problemas estratégicos muy diferentes. Para Kennedy, un Senado haciendo obstruccionismo al proyecto de ley de derechos civiles era una pesadilla política que le distanciaba de los blancos sureños justo cuando más necesitaba sus votos en su campaña para la reelección. A Johnson, el obstruccionismo le proporcionaba una oportunidad de oro para demostrar que no era un típico racista sureño y que se merecía el apoyo de toda la nación[38]. Como dijo él mismo: «Sabía que si no me ponía al frente de esta cuestión, [los progresistas] me lo echarían en cara […]. Tenía que presentar un proyecto de ley sobre derechos civiles que fuese incluso más fuerte del que hubiesen tenido si Kennedy hubiese seguido con vida. Sin esto estaría muerto antes de empezar»[39].

Como primer presidente sureño en la Casa Blanca desde que Andrew Johnson cayese en desgracia en 1869[40], podía contar con un voto pode-

---

[35] Cuento esta historia con todo detalle en *We the People: Transformations*, vol. 2, cit., pp. 137-234.

[36] Véase Lyndon Johnson, *The Vantage Point*, Nueva York, Holt, Rinehart and Winston, 1971, p. 91, sobre los intentos de Kennedy de persuadirlo para que aceptase la nominación vicepresidencial, porque ello les «aseguraría el apoyo de los estados del Sur».

[37] Véase N. Kotz, *Judgment Days: Lyndon Baines Johnson, Martin Luther King Jr., and the Laws That Changed America*, cit., pp. 250-277, que analiza las complejas relaciones entre King y Johnson.

[38] El historial anterior de Johnson en el Congreso por lo que respecta a los derechos civiles era, en el mejor de los casos, desigual. Véase la nota 15. En cuanto llegó a la vicepresidencia, también adoptó una actitud cautelosa como presidente del Comité sobre la Igualdad de Oportunidades en el Empleo. Véase Robert Dallek, *Flawed Giant: Lyndon Johnson and His Times, 1961-1973*, Nueva York, Oxford University Press, 1988, pp. 23-30. Cuando empezó a desempeñar un papel más activo en las primeras negociaciones acerca de la legislación sobre los derechos civiles, el gobierno de Kennedy redujo su compromiso. Véase R. Caro, *The Years of Lyndon Johnson: The Passage of Power*, cit., pp. 263-264.

[39] R. Dallek, *Flawed Giant: Lyndon Johnson and His Times,1961-1973*, cit., p. 114 (modificación en el original). Véase R. Caro, *The Years of Lyndon Johnson: The Passage of Power*, cit., pp. 348-349.

[40] Woodrow Wilson nació y se crió en el sur, pero debió su prominencia nacional a sus éxitos políticos en New Jersey.

roso –el voto del «hijo pródigo»– de su región nativa, aunque adoptase una postura inequívoca sobre la igualdad racial[41]. Con el movimiento de los derechos civiles en su punto culminante, el nuevo presidente se unió a King para impulsar la *Civil Rights Act* y promulgarla el 2 de julio, justo cuando la campaña presidencial de 1964 se estaba caldeando.

Antes de explorar más a fondo este ejercicio de liderazgo presidencial, conviene hacer una pausa. ¿Qué hemos de pensar de la notable conjunción que permitió a un presidente del Partido Demócrata sureño cumplir la promesa de *Brown v. Board of Education*?

Dominando al destino

He subrayado repetidamente una serie de características institucionales especiales que distinguen a la revolución de los derechos civiles de anteriores transformaciones en la historia estadounidense. La primera fue la decisión del Tribunal Supremo de situar el tema racial en el centro de la política del país, obligando al sistema de partidos políticos a reorganizarse de una forma que permitiese a los estadounidenses expresar su voluntad constitucional sobre la cuestión racial.

Los Republicanos eran el agente obvio del cambio. *Brown* no representaba ninguna amenaza a sus tradiciones y el partido tenía un interés imperioso en dividir a la coalición del *New Deal* dominante. Pero cuando Nixon perdió en 1960, el orden constitucional se vio confrontado con un desafío más profundo. Una cosa era que King pidiese un gran avance en la Marcha sobre Washington de 1963 y otra muy distinta que Kennedy y su Congreso del Partido Demócrata cumpliesen lo prometido sin provocar un desgarró en el mismo.

Los Demócratas podían haber respondido a sus problemas políticos promulgando otra serie de leyes de carácter minimalista, como los proyectos de ley aprobados en 1957 y 1960, pero teniendo en cuenta el ascenso del movimiento en pro de los derechos civiles el minimalismo amenazaba con generar una alienación masiva. Los líderes del movimiento denunciarían muy probablemente al *establishment* político como apologistas del racismo y los políticos de este responderían con sus propias denuncias de extremismo y anarquía. El creciente distanciamiento amenazaría a los partidarios de tender puentes a ambos lados de la línea divisoria. Si King no conseguía avances legislativos, sus ideales gandhianos de desobediencia civil se verían completamente desplazados por invocaciones más

---

[41] Véase R. Dallek, *Flawed Giant: Lyndon Johnson and His Times, 1961-1973*, cit., pp. 182-183.

radicales al poder negro[42]. Si el movimiento adoptaba un cariz más violento, los conservadores en cuestiones raciales estarían en mejor situación para explotar la reacción blanca, socavando los intentos de los progresistas en el Congreso y en la administración de ir más allá del minimalismo para promulgar una legislación progresista que introdujese visiblemente mejoras reales en la vida cotidiana.

Llamemos a esto el *problema del bloqueo político*. Durante los dos últimos siglos este problema ha destruido muchas constituciones democráticas en todo el mundo, a veces mediante la toma del poder por movimientos extraparlamentarios, a veces mediante un golpe de fuerza autoritario por parte de las fuerzas de la ley y el orden. Pero en los Estados Unidos de la década de 1960, esto no sucedió.

De forma trágica, paradójicamente, fue un acto de violencia –el asesinato del presidente Kennedy– lo que eliminó el bloqueo político que separaba al movimiento en las calles del sistema de partidos existente. Al sustituir a Kennedy por Johnson, Lee Harvey Oswald dio la presidencia a un hombre que tenía el interés político y las habilidades políticas para establecer una alianza con otro gran constructor de puentes, Martin Luther King Jr., pese al perjuicio que ello podía causar a la coalición reinante del *New Deal*. Trabajando conjuntamente, Johnson y King consiguieron encauzar las energías de la política constitucional en forma de leyes-hito duraderas. Aunque habría mucha violencia y reacción más adelante, estos logros legislativos intensificaron la sensación de que el pueblo estadounidense era dueño de su propio destino y podía llevar a la nación por una senda nueva y mejor.

Pero el papel de la bala del asesino en la consecución de esta valiosa victoria suscita cuestiones muy perturbadoras por lo que respecta a la auténtica naturaleza del orden constitucional. Efectivamente, ¿puede hablarse de orden en un sistema que depende de tales contingencias trágicas?

Mi respuesta es sí, pero este orden no puede ser descubierto considerando la Constitución como una máquina de la Ilustración capaz de funcionar impecablemente sin la creatividad de las generaciones posteriores[43]. La cuestión no es si las pasiones e infortunios del mundo real perturbarán regularmente esta fantasía de la Ilustración; lo han hecho en el pasado y volverán a hacerlo en el futuro. La cuestión es si las futuras generaciones sabrán gestionar el complejo arte de la política que se requiere para conquistar el destino y para revigorizar la tradición de soberanía popular

---

[42] Es muy difícil probar una situación contrafactual, pero mi hipótesis se ve fortalecida por el magistral relato de Taylor Branch, *At Canaan's Edge: America in the King Years, 1965-1968*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2006.

[43] Véase Michael Kammen, *A Machine That Would Go of Itself: The Constitution in American Culture*, Nueva York, Penguin Books, 1986. Discuto este punto de vista en *We the People: Foundations*, vol. 1, cit., pp. 200-265.

de la Fundación, o si dejarán que estas tragedias les desborden y permitirán que la tradición degenere en un ciclo destructivo, que debilite la confianza de los estadounidenses en que efectivamente son capaces de gobernarse por sí mismos.

Juzgada con este baremo, la era de los derechos civiles ha de contarse como uno de los grandes éxitos de la historia constitucional estadounidense, mucho mayor que la Reconstrucción del siglo XIX que nos dio la Decimocuarta y la Decimoquinta Enmiendas. Los Republicanos de la década de 1860 también conquistaron el destino promulgando la Decimocuarta y la Decimoquinta Enmiendas, pese a las tremendas consecuencias de la bala de un asesino. Pero su uso de métodos constitucionalmente irregulares, incluida la ocupación militar, contribuyó en gran medida a la posterior reacción blanca. Por el contrario, los líderes de la década de 1960 consiguieron lograr una sensación más duradera de legitimidad constitucional, pese a los alienantes estallidos de violencia que amenazaron con desgarrar al país.

No había nada inevitable en ello. Nuestra siguiente tarea es considerar cómo evitaron los estadounidenses la desintegración constitucional. Seguiremos la dinámica institucional mediante la cual los líderes políticos, en diálogo con los votantes, edificaron una alternativa más constructiva. Paso a paso, los Demócratas y los Republicanos presentes en el Congreso y en la presidencia, junto con activistas de los derechos civiles y con votantes corrientes, crearon un marco constitucional a través del cual el pueblo estadounidense dio su consentimiento sostenido y reflexivo a una serie de leyes-hito que representaron un avance igualitario.

El estudio de este proceso institucional proporciona el mejor argumento para mi tesis general, instando a la plena aceptación de las leyes-hito de la era de los derechos civiles en el canon constitucional. Si honramos a la Decimocuarta y la Decimoquinta Enmiendas, hemos de honrar todavía más a esas leyes-hito, porque fueron forjadas de una forma mucho más inclusiva y democrática que sus predecesoras del siglo XIX. No implicaron la exclusión del Congreso de los estados del Sur, ni la ratificación sureña de las enmiendas bajo la ocupación militar del Norte. Representan una expresión mucho más auténtica de la soberanía popular que nada que pueda ofrecer el siglo anterior.

IV
EL *NEW DEAL* TRANSFORMADO

Al enmarcar sus debates y decisiones sobre los derechos civiles, los estadounidenses se basaron claramente en los patrones de legitimación constitucional construidos durante la Revolución del *New Deal*.

Esto no tiene nada de sorprendente. La mayoría de los participantes en dichos debates habían vivido los dramáticos enfrentamientos políticos e institucionales de la década de 1930. Recordaban perfectamente los cien días de Roosevelt, la espectacular invalidación por parte del viejo Tribunal Supremo de la *National Industrial Recovery Act*, la segunda oleada de leyes-hito del *New Deal* y el repliegue del Tribunal Supremo en respuesta a la victoria de Roosevelt en 1936. Estos recuerdos proporcionaron los paradigmas constitucionales, que guiaron su propia lucha generacional por los derechos civiles.

La historia nunca se repite. Aunque los recuerdos colectivos de la década de 1930 proporcionaron puntos de referencia constitucionales, dos variaciones sobre los temas del *New Deal* aparecen y reaparecen durante las presidencias de Johnson y Nixon.

Ambas tienen sus raíces en el acto inicial de liderazgo del Tribunal Supremo presidido por Warren. Mientras que los artífices del *New Deal* toparon con un Tribunal Supremo hostil, la coalición ascendente en pro de los derechos civiles tuvo el problema contrario: incluso cuando el presidente y el Congreso estaban dispuestos a asumir el liderazgo constitucional, el Tribunal Supremo era reticente a ceder su primacía. Esto llevó en ocasiones a enfrentamientos político-judiciales muy diferentes de lo que se hubiera visto en periodos anteriores de la historia estadounidense.

Y lo que no es menos importante: el temprano liderazgo del Tribunal Supremo rompió la coalición del *New Deal*, obligando al presidente Johnson y a Martin Luther King Jr. a apelar a los Republicanos progresistas para poder aprobar las leyes-hito de la era de los derechos civiles. La necesidad de construir una coalición bipartidista de Demócratas progresistas y Republicanos modernos contrasta claramente con la clásica dinámica movimiento-partido-presidencia desplegada durante la revolución del *New Deal*. Durante la

década de 1930, Roosevelt integró al movimiento obrero en la lucha de los Demócratas contra un Partido Republicano y un Tribunal Supremo inicialmente comprometidos con el viejo régimen. Por el contrario, la institución mediadora de un partido movimiento estuvo ausente durante la década de 1960. Si bien se produjo un vigoroso liderazgo presidencial y un poderoso movimiento de masas, se necesitó una fuerte dosis creativa de acción por parte del gobierno para canalizar toda esa energía en una legislación que marcaría un hito. De todos modos, los protagonistas demostraron estar a la altura del reto, con Nixon y su Congreso progresista codificando los avances de la época de Johnson de una forma que convirtió a las leyes-hito en una parte duradera del legado constitucional estadounidense.

Pero nos estamos adelantando a los acontecimientos. Retomemos la historia en el punto en que la dejamos cuando Lyndon B. Johnson accedió a la presidencia.

Fase dos: Propuesta

El nuevo presidente no perdió el tiempo. Cinco días después del asesinato de Kennedy, se presentó ante el Congreso para ratificar su compromiso con el proyecto de su predecesor. Pero ¿cuál era exactamente ese proyecto?

> Ninguna oración fúnebre ni elogio alguno podría honrar con más elocuencia la memoria del presidente Kennedy que la aprobación lo más pronto posible del proyecto de ley de derechos civiles por el que él luchó durante tanto tiempo. Llevamos mucho tiempo en este país hablando de la igualdad de derechos. Hemos hablado de ello durante cien años o más. Ya es hora de pasar página y escribir el siguiente capítulo, y de escribirlo en el libro de las leyes.
>
> Os insto una vez más, como hice en 1957 y de nuevo en 1960, a promulgar una ley de derechos civiles que nos permita avanzar para eliminar de esta nación toda traza de discriminación y de opresión basadas en la raza o en el color de la piel. No habrá entonces una fuente mayor de fuerza para esta nación ni aquí ni en el extranjero[1].

A decir de Johnson, los derechos civiles habían sido la máxima prioridad doméstica de Kennedy. Esto era una mixtificación piadosa, pero el mensaje era muy claro: tras una década de procrastinación y de medias tintas, la presidencia estaba preparada para asumir el liderazgo constitucional en la cuestión de los derechos civiles[2].

---

[1] Lyndon B. Johnson, *Public Papers of the President of the United States, 1963-1964*, Washington DC, US. Government Printing Office, 1965, pp. 8-10.

[2] Johnson era perfectamente consciente del carácter decisivo que tenía su decisión de utilizar el legado de Kennedy como trampolín para dar un paso adelante en la cuestión de los derechos

¿O no lo estaba?

El discurso de Johnson recordó con orgullo su liderazgo en el Senado para promulgar legislación en pro de los derechos civiles en 1957 y en 1960. Había, sin embargo, un lado oscuro en el historial de Johnson en el Senado. En ambas ocasiones había debilitado el proyecto de ley de derechos civiles salido de la Cámara de Representantes, haciéndolo más digerible para sus seguidores sureños, que amenazaban con obstruir su aprobación utilizando hasta el fin el filibusterismo parlamentario[3]. En ambas ocasiones, los Republicanos de la Cámara habían reaccionado airadamente y con razón: se habían mojado políticamente uniéndose a los Demócratas progresistas presentes en la Cámara de Representantes para aprobar un proyecto de ley ambicioso, y habían visto cómo el demócrata Johnson les traicionaba en el Senado, mientras se presentaba hipócritamente como el líder heroico de la batalla por los derechos civiles. ¡Qué desfachatez!

Nunca más, declaró William McCulloch, el líder republicano de la Cámara que más se significó en favor de los derechos civiles[4]. Si bien estaba dispuesto a unirse a los Demócratas progresistas para respaldar un proyecto de ley progresista, quería garantías frente a una repetición de la actuación de Johnson en 1957 y 1960. Exigía el derecho de veto ante cualquier «compromiso» futuro del Senado que representase una nueva capitulación ante los Demócratas sureños. Esta era una petición realmente extraordinaria: no

---

civiles. Robert Caro describe el encuentro crucial entre Johnson y sus consejeros más próximos, cuando estos discutían los términos esenciales del discurso presidencial:

> Después de comer, Fortas, Humphrey y otros diversos aliados de Johnson se dispusieron a discutir el contenido del discurso en la mesa del comedor […]. Se produjo un intenso debate sobre el énfasis que debía darse en el discurso a la cuestión de los derechos civiles. «Un tema importante era si tenía que recomendar la implicación del Congreso» en esta cuestión, señaló Fortas, «y en caso de hacerlo, si debía situar esta cuestión en primer lugar». Varios de los presentes dijeron que presionar a favor de la aprobación de un proyecto de ley sobre derechos civiles pondría en peligro los proyectos de ley sobre reducción de los impuestos y las consignaciones presupuestarias del gobierno federal y perjudicaría la relación de Johnson con los sureños, que había sido siempre la base de su fuerza en el Congreso y cuyo apoyo necesitaría ahora. «La discusión continuó», según Fortas, «durante horas», hasta las dos y media de la madrugada, mientras Johnson había permanecido sentado escuchando y sin decir nada cuando […] «una de las personas más sensatas y prácticas entre los presentes exhortó a Johnson a que no presionara a favor del proyecto de ley de derechos civiles en su primer discurso, porque no había ninguna probabilidad de que fuera aprobado y porque un presidente no tiene que desperdiciar su poder defendiendo causas perdidas, por valiosas que sean estas causas. «La presidencia dispone solo de una cierta cantidad de monedas para gastar y no debería gastarlas en esto», dijo.
>
> «Muy bien. ¿Para qué diablos sirve la presidencia, entonces?», replicó Johnson.

R. Caro, *The Years of Lyndon Johnson: The Passage of Power*, cit., p. 428.

[3] Véase capítulo 3, nota 15.

[4] McCulloch fue el miembro más cualificado de la minoría del Comité Judicial durante este periodo, y fue el negociador republicano clave en la legislación de los derechos civiles. Véase William Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1994, p. 22.

conozco ningún otro caso en el que un miembro del partido minoritario en la Cámara haya exigido el derecho a controlar las condiciones de un acuerdo bipartidista en el Senado.

Sin embargo, el gobierno aceptó aquella notable petición[5]. Como hemos visto, Johnson tenía una estrategia para ganar las siguientes elecciones muy diferente de la que había tenido Kennedy. Todavía podía contar con buena parte del Sur para que apoyase su candidatura y confiaba en que una Ley de Derechos Civiles progresista proporcionase una prueba convincente al Norte de que él no era simplemente otro racista sureño. El apoyo de McCulloch no solo era esencial para que su estrategia triunfase en la Cámara, sino que también fue una especie de prólogo a la acción principal: persuadir a Everett McKinley Dirksen, el líder de la minoría Republicana, para que rompiese el inevitable obstruccionismo del Sur respecto a un proyecto de ley sobre derechos civiles.

Esto sería difícil pero no imposible: aunque Dirksen no estaba tan comprometido con el Republicanismo moderno como lo estaban Eisenhower y Nixon, se identificaba claramente a sí mismo como un miembro del partido de Lincoln. Reconocía la legitimidad de la regulación federal de la empresa privada, especialmente cuando los estados habían hecho mal el trabajo. Los sondeos de opinión nacionales registraban el 70 por 100 de apoyo a un proyecto de ley sólido[6] y Dirksen declaró que una ley hito representaba «una idea cuyo momento había llegado»[7]. Colaborando con McCulloch, llegó a un «compromiso» con

---

[5] Charles y Barbara Whalen, *The Longest Debate: A Legislative History of the 1964 Civil Rights Act, 1985*, Washington DC, Seven Locks Press, p. 13; Nicholas Katzenbach, *Some of It Was Fun: Working with RFK and LBJ*, Nueva York, W. W. Norton, 2008, pp. 120-127.

[6] Véase el sondeo de Louis Harris & Associates de abril de 1964, consultado el 15 de febrero de 2007, de iPOLL Databank, Roper Center for Public Opinion Research, Universidad de Connecticut, en https://bit.ly/2wwEDzV.

[7] *Congressional Record*, 110th Congress, pp. 13319, 1964. Al subrayar las convicciones lincolnianas de Dirksen, me alejo de Daniel Rodríguez y de Barry Weingast, que sostienen en su influyente artículo «The Positive Political Theory of Legislative History: New Perspectives on the Civil Rights Act of 1964 and its Interpretation», cit., p. 1147, que el apoyo de Dirksen a la ley hito estuvo parcialmente motivado por «un proyecto más amplio de reducir el control del Partido Demócrata sobre la política nacional». En su opinión, Dirksen estaba adoptando una opción maquiavélica: permitiendo que Johnson reclamase el crédito por la legislación, Dirksen posibilitaría que los Republicanos «desplazasen al ala sureña» del Partido Demócrata y construyesen una nueva mayoría republicana, *ibid.*, p. 1478.

Esta es una conjetura audaz: transforma a Dirksen de un lincolniano comprometido en uno de los primeros arquitectos de la «estrategia sureña» implementada durante las décadas posteriores. Pero los autores no aportan absolutamente ninguna prueba de su extraordinaria afirmación, como reconocen indirectamente en la nota 209: «Destacamos que este argumento no implica que Dirksen planease y organizase la estrategia sureña del Partido Republicano, solo que era suficientemente consciente de ella como para aprovecharla». Partiendo de esta premisa, los autores suponen que en fecha tan temprana como 1963-1964 los Republicanos sensatos se dieron cuenta de que no podían competir con los Demócratas por el voto de los negros y el de los progresistas partidarios de la igualdad racial más acérrimos, y que por consiguiente no tenían nada que perder

la dirección del Partido Demócrata que representaba un avance decisivo. «¿Quién habría pensado hace un año que esto podía suceder?, preguntó el fiscal general Robert Kennedy, cuando se presentó para su aprobación el proyecto de ley[8].

El liderazgo constitucional había pasado decisivamente desde el Tribunal Supremo a la Presidencia y al Congreso, con la experiencia del *New Deal* proporcionando los precedentes clave. En 1936 Roosevelt se había dirigido al pueblo con una serie de leyes-hito que expresaban una nueva visión constitucional del gobierno intervencionista, incluida la *National Labor Relations Act*, la *Social Security Act* y la *Securities and Exchange Act*. Esta vez Johnson llegó a las elecciones de 1964 con una sola ley hito, la *Civil Rights Act*, pero era una ley que incluía el empleo, la escuela pública, la vivienda pública y el voto en una redefinición radical de los valores igualitarios.

Si se me perdona utilizar mi propia jerga, el sistema de producción normativa de carácter superior estaba cambiando de marcha, moviéndose desde la fase señalizadora a la fase propositiva. Al aprobar su ley decisiva, el presidente y el Congreso pusieron sobre aviso a sus conciudadanos de que la hora de hablar ya había pasado y que había llegado el momento de modelar un marco legal amplio diseñado para perdurar durante generaciones.

Pero, ¿estarían de acuerdo los votantes?

Fase tres: ¿unas elecciones desencadenantes?

En momentos similares del pasado, había una forma sencilla de contestar esta pregunta. Consideremos 1936, cuando los Republicanos designaron a

---

involucrándose en una estrategia sureña. Esto es simplemente falso; véase el capítulo 3, notas 50 y 54. Dirksen era totalmente razonable al suponer que podía continuar ganando elecciones en su estado natal, Illinois, apelando a los votantes pro empresariales, que también eran partidarios más o menos moderados de la igualdad racial, y esta era también una estrategia vencedora en grandes áreas del país, incluida la parte septentrional del Sur. Sus declaraciones públicas y privadas, además, junto con sus acciones políticas, eran enteramente consistentes con las de muchos otros Republicanos y completamente inconsistentes con la hipótesis de Rodríguez-Weingast. Véanse los capítulos 6-10.

[8] Véase N. Kotz, *Judgment Days: Lyndon Baines Johnson, Martin Luther King Jr., and the Laws That Changed America*, cit., p. 141. He he subrayado mis desacuerdos con los profesores Rodríguez y Weingast, pero quiero destacar un punto de acuerdo importante: estoy de acuerdo con ellos en el rechazo del punto de vista, defendido por muchos autores, según el cual «la legislación sobre los derechos civiles estaba casi establecida en 1963», *ibid.*, pp. 1456-1457. Al contrario, sin las muchas muestras de habilidad política dadas por Republicanos como Dirksen y McCulloch, así como por Demócratas como Humphrey y Johnson, el esfuerzo legislativo habría fracasado, haciendo imposible que la *Civil Rights Act* formulase una opción constitucional fundamental para el pueblo estadounidense, mientras consideraba los puntos de vista opuestos de la ley ofrecida por Goldwater y Johnson en su contienda presidencial.

Alf Landon para que se enfrentase a Franklin D. Roosevelt; o 1864, cuando los Demócratas ofrecieron a George McClellan enfrentarse a Abraham Lincoln. En ambas ocasiones, los candidatos de la oposición denunciaron las propuestas revolucionarias surgidas de la presidencia y del Congreso y pidieron al pueblo que rechazase estos intentos revolucionarios de transformación y que reafirmase la solidez básica del viejo régimen.

Designando a Landon y a McClellan, el partido de la oposición desempeñaba una función crucial en la dinámica de la producción normativa de carácter superior. Si hubiesen elegido a unos candidatos que abrazasen las iniciativas radicales del régimen ascendente, los votantes se habrían visto privados de una elección crucial, dejando en manos de las elites políticas, y no de Nosotros, el Pueblo, empujar y negociar el camino hacia un nuevo acuerdo.

El partido de la oposición estuvo de nuevo a la altura de las circunstancias en 1964: los Republicanos designaron a Barry Goldwater, que denunció la *Civil Rights Act* e instó al pueblo estadounidense a rechazarla por inconstitucional. Pero esta designación se produjo solo con una gran dificultad.

Durante ciclos anteriores, el partido que estaba fuera del poder había sido el partido dominante del régimen previo: los Demócratas antes de 1860, los Republicanos antes de 1932. Pero después del primer mandato de las presidencias partido-movimiento de Lincoln y Roosevelt, los Demócratas del *establishment* (siglo XIX) y los Republicanos del *establishment* (siglo XX) estaban luchando por su existencia política, y lo sabían. No tiene nada de sorprendente que eligiesen candidatos presidenciales que instaron al pueblo a rechazar las iniciativas revolucionarias emanadas de Washington DC y a regresar (en la medida de lo posible) a los caminos comprobados del pasado.

La dinámica de partido era diferente en la década de 1960. Con el Tribunal Supremo y el movimiento de los derechos civiles tomando la iniciativa, ambos partidos estaban divididos respecto a la forma apropiada de responder. He estado subrayando la amenaza para el Partido Demócrata del *New Deal*, pero el movimiento de los derechos civiles también estaba dividiendo al Partido Republicano, con los goldwaterianos ultraliberales libertarios enfrentados a los Republicanos modernos, que respaldaban la necesidad de un avance federal. Si los Republicanos hubiesen rechazado a Goldwater por un candidato «de imitación», los votantes habrían perdido una oportunidad crítica para elegir entre un cambio fundamental y el *statu quo*.

Cuando empezó la campaña, parecía estarse desplegando este escenario de imitación. El primer favorito era Nelson Rockefeller, un enérgico liberal partidario de la igualdad racial, que se presentaba con un buen activo político. No solo había acumulado un historial impresionante como

gobernador de Nueva York, sino que también era un Rockefeller, cuyas contribuciones a las campañas habían construido una red nacional de partidarios a lo largo de los años. Y estaba dispuesto a gastar con mayor prodigalidad en un gran esfuerzo para lograr la victoria.

Pero su paso adelante se vio perturbado por su divorcio y por su rápido nuevo matrimonio, que provocaron un escándalo que causó el distanciamiento de muchos Republicanos tradicionalistas. Justo cuando esta condena moral estaba remitiendo, la noticia del nacimiento del primer hijo de Rockefeller reavivó el escándalo en el peor momento posible, generando titulares de primera plana cuando Rockefeller y Goldwater estaban enfrentándose duramente en las cruciales primarias de California[9]. La victoria de Goldwater allí le valió la nominación y proporcionó al pueblo estadounidense «una elección, no un eco» sobre la *Civil Rights Act*.

Es posible que Goldwater se hubiera impuesto aunque su rival no se hubiese derrotado a sí mismo escandalizando a los tradicionalistas; el movimiento neoconservador estaba ya en auge y sus seguidores movilizados podrían haber superado perfectamente las conexiones con el *establishment* y los megadólares de Rockefeller. Mi objetivo es subrayar la excepcional fragilidad de la dinámica de la producción normativa de carácter superior que prevaleció durante la revolución de los derechos civiles. Dado que las presidencias movimiento-partido de Lincoln y Roosevelt habían tomado la iniciativa dando forma a la nueva agenda constitucional, las exitosas elecciones presidenciales proporcionaron un obvio centro de atención para que el partido de la oposición hiciese una desesperada llamada al pueblo para que parase los pies al gigante antes de que fuese demasiado tarde. Pero en la década de 1960 el movimiento ascendente había dividido a los dos partidos, dejando libre el camino para que los Republicanos nombrasen a Nelson Rockefeller o a Barry Goldwater.

El 18 de junio de 1964 la suerte estaba echada. Ignorando los ruegos de Everett Dirksen, Goldwater subió al estrado del Senado para denunciar la *Civil Rights Act*, que estaba avanzando triunfalmente hacia la aprobación final. En un discurso del que se habló en la primera plana de los periódicos de toda la nación, el verdadero enemigo de Goldwater resultó ser el constitucionalismo del *New Deal*. Consideraba el nuevo intento legislativo de regular «la empresa privada en el área de la denominada vivienda pública y […] en el empleo» como un paso más en el camino que llevaba a la servidumbre[10]. Goldwater lo condenaba como rotundamente inconstitucional.

[9] Véase Theodore White, *The Making of the President 1964*, Nueva York, Harper Collins, 1965, p. 124.
[10] Véase Charles Mohr, «Goldwater Says He'll Vote "No" on the Rights Measure», *The New York Times*, 19 de junio de 1964, p. 1 («"Si mi voto es malinterpretado, así sea, ya sufriré las consecuencias", dijo el senador por Arizona»). El *Times* reprodujo por entero el discurso de los

De acuerdo con su punto de vista, solo una enmienda constitucional formal, ratificada por los estados en virtud del Artículo Cinco, podía legitimar esta expansión radical del gobierno nacional intervencionista[11]. Esta postura radical habría condenado al fracaso al movimiento de los derechos civiles, ya que el Artículo Cinco concedía el veto a trece asambleas legislativas sureñas. Pero en opinión de Goldwater este era un precio que valía la pena pagar para protegerse del Leviatán que se avecinaba.

Lyndon B. Johnson tenía un punto de vista totalmente diferente. A tan solo una semana de las elecciones, viajó a Memphis, Tennessee, la ciudad progresista del Sur, para definir el mandato del pueblo estadounidense que estaba buscando. Empezó con una defensa de los programas clásicos del *New Deal* frente al ataque de Goldwater y luego se centró en el futuro:

> Los problemas de la década de 1930 no son los problemas de la década de 1960 y esta es, realmente, la elección que tenéis que hacer. ¿Queréis volver a los años treinta o queréis seguir adelante con los años sesenta?
>
> [...]
>
> Si tomo mi compás o mi regla y trazo una línea recta en el centro de esta multitud y la divido, podremos hacer pocas cosas; pero unidos como estamos ahora es muy poco lo que no podemos hacer. Y ya conocéis una de las cosas que yo pienso que debemos hacer, y os dice esto un hombre que ha pasado toda su vida en Texas y ha votado siempre en Texas, y como nieto de dos veteranos Confederados, pienso que una de las cosas que tendremos que hacer es borrar la línea Mason-Dixon que cruza nuestra política.
>
> Y ya que sois buenas personas y ya que sois justos, y porque también nosotros somos justos y creemos en el Libro, vamos a seguir la regla de oro, «No hagas a otro lo que no quieras que te hagan a ti» y si cumplimos esta regla eliminaremos completamente la línea de color que cruza nuestro momento.
>
> El mandato de estas elecciones será un mandato para unir a esta Nación. Será un mandato para cerrar nuestras heridas y para cicatrizar nuestra historia; y para hacer de esta nación una sola nación, un solo pueblo, indivisible ante Dios[12].

---

principales candidatos del Partido Republicano, *ibid*., p. 18. El columnista experto en cuestiones jurídicas Anthony Lewis explicaba en la misma página por qué la oposición de Goldwater a la Constitución del *New Deal* ya no era aceptada por los tribunales. Véase Anthony Lewis, «The Courts Spurn Goldwater View», *The New York Times*, 19 de junio de 1964, p. 18.

[11] Véase *Congressional Record*, Congress 110th, 14th Sess. 14, p. 319, 18 de junio de 1964. Goldwater subrayaba que su «objeción básica» era a los principios constitucionales del *New Deal* que autorizaban al Congreso a aprobar la *Civil Rights Act* sin una enmienda formal del Artículo Cinco.

[12] Lyndon B. Johnson, «Remarks on the River Front in Memphis», *Public Papers of the Presidents of the United States*, Office of the Federal Register, Washington DC, 1965, pp. 1408-1409.

La dinámica del debate estaba llevando a Johnson a trascender los límites del régimen del *New Deal*. Con Goldwater atacando la Seguridad Social y la *Civil Rights Act*, Johnson estaba exhortando a los estadounidenses a ir más allá de la década de 1930 y a derribar las barreras que los artífices del *New Deal* habían aceptado como precio a pagar por el progreso social durante esta[13]. Como explicó más tarde: «Si Goldwater quiere dar una oportunidad de elección a los votantes, concluía yo, nosotros les daremos una elección *real* […]. Estamos actualmente involucrados en un debate colosal respecto a los principios mismos de nuestro sistema de gobierno»[14].

Barry Goldwater también fue muy claro y directo en su campaña para obtener un mandato general del pueblo. Desde que Roosevelt aplastó a Landon en 1936, los Republicanos habían designado a una serie de candidatos de imitación que aceptaban las premisas básicas del *New Deal*: Wendell Willkie, Thomas Dewey, Eisenhower y Nixon. Estos Republicanos modernos solo se ganaron el desprecio de Goldwater[15]. Su objetivo era conducir al pueblo a revocar el *New Deal* y a aceptar los principios republicanos clásicos de los poderes limitados y del *laissez-faire*.

La Constitución viva estaba pasando una prueba vital: los candidatos presidenciales estaban conversando unos con otros, en vez de establecer un diálogo de sordos, sobre las grandes cuestiones que los dividían. Y estaban proporcionando a la nación un punto de referencia –la victoria arrolladora del *New Deal* en 1936– para determinar si uno de los bandos había ganado el debate de manera decisiva.

Estos puntos básicos ponen de manifiesto la existencia de una brecha entre la práctica y la teoría del moderno constitucionalismo estadounidense. Por lo que respecta a la práctica en el mundo real, cada elección presidencial genera inexorablemente un gran debate popular acerca de la naturaleza del «mandato popular» del vencedor, con algunos negando que el nuevo presidente haya obtenido mandato alguno, y otros exagerando su alcance. Pero uno nunca lo adivinaría a partir de los escritos de los juristas constitucionales, que jamás afrontan la noción de «mandato» y, mucho menos, tratan de aplicarlo de una manera disciplinada a unas elecciones en particular.

Es una pena, porque de este modo ni siquiera podemos empezar a valorar el estatus canónico de las leyes-hito de la era sin afrontar la victoria aplastante de Lyndon B. Johnson. ¿Representa ello, como el triunfo

---

[13] Véase I. Katznelson, *Fear Itself: The New Deal and the Origins of Our Time*, cit.
[14] Véase Lyndon B. Johnson, *The Vantage Point*, cit., p. 103; véase también S. Skowronek, *The Politics Presidents Make*, cit., pp. 336-341.
[15] Véase Barry Goldwater, *The Conscience of a Conservative*», Nueva York, Hillman Books, 1960, pp. 25-31, 65-67 (atacando al Republicanismo moderno); *ibid.*, pp. 68-75 (atacando al Estado del bienestar como filosocialista).

demócrata de 1936, el tipo de «elección desencadenante», que es central en la práctica moderna de la soberanía popular en Estados Unidos?

¿Un mandato electoral?

Es fácil mostrarse escéptico respecto a la idea misma de que unas elecciones nacionales puedan desencadenar mandatos populares[16]. Al fin y al cabo, los votantes siempre tienen una gran variedad de inquietudes diferentes. Pero hablar de un «mandato popular» a favor de una u otra «iniciativa rupturista» parece falsear este punto.

Llamemos a esto el problema del abigarramiento: por ejemplo, Goldwater no solo se oponía a la *Civil Rights Act*, sino que también rechazaba la visión de la justicia económica de la Gran Sociedad. Johnson respondió metiendo también en el paquete la política exterior, describiendo a Goldwater como un militarista «de gatillo fácil»[17].

El abigarramiento de problemas conduce al escepticismo. Si muchos estadounidenses utilizaron sus votos en 1964 para respaldar la promesa de Johnson de actuar con moderación en política exterior, parece desatinado interpretar la victoria aplastante de los Demócratas como un mandato en pro de la justicia racial.

Pese a este recurso intuitivo, yo rechazo la objeción del problema del abigarramiento. Es legalmente demasiado amplia y filosóficamente demasiado superficial.

Desde el punto de vista legal, nótese que el hecho de presentar los problemas en bloque no solo constituye un desafío a las formas modernas de revisión constitucional mediante el liderazgo presidencial, sino que es igualmente problemático cuando se trata de las enmiendas del Artículo Cinco: cuando emiten su voto para el Congreso o para las asambleas legislativas estatales, los votantes generalmente no se centran en las posturas de los candidatos respecto a potenciales enmiendas. Se concentran más bien en otros muchos temas. Y, sin embargo, el canon oficial trata una nueva enmienda formal como una expresión no problemática de Nosotros, el Pueblo.

[16] Para una formulación clásica del caso escéptico, véase Robert Dahl, «Myth of the Presidential Mandate», *Political Science Quarterly*, vol. 105, núm. 3., 1990, p. 355. Otros importantes estudios de ciencia política son los siguientes: Patricia Conley, *Presidential Mandates: How Elections Shape the National Agenda*, Chicago (IL), Chicago University Press, 2001; George Edwards, *At the Margins: Presidential Leadership of Congress*, New Haven (CT), Yale University Press, 1989; George Edwards, *The Public Presidency: The Pursuit of Popular Support*, Nueva York, St. Martin's Press, 1983; Stanley Kelley, *Interpreting Elections*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1983.

[17] Véase Denise Bostdorff, *The Presidency and the Rhetoric of Foreign* Crisis, Columbia (SC), University of South Carolina Press, 1994, p. 57.

Lo que nos lleva a una cuestión más profunda. Algunos sistemas constitucionales responden efectivamente a la objeción del abigarramiento de problemas tratando de arrancar la resolución de los asuntos constitucionales de las manos de los políticos electos. Desde la *Progressive Era*, los procedimientos a base de referéndums especiales se han convertido en una parte familiar de la práctica constitucional de los estados, la cual existe también en muchos países extranjeros. Pero la Constitución estadounidense es diferente. Cuando opera en su modo federal (bajo el Artículo Cinco) o en su modo nacional (bajo la Constitución viva), el sistema deja que sean nuestros representantes políticos quienes determinen cuándo la cosa está madura para elaborar unos textos constitucionales duraderos en nombre del pueblo. Cuando el sistema está operando en modo federal, estos textos adoptan la forma de enmiendas del Artículo Cinco; cuando opera en modo nacional, el canon lo constituyen las leyes-hito y los superprecedentes. Para formularlo en una sola frase, el sistema estadounidense se basa en las formas de la democracia *representativa*, y no en las de la democracia *plebiscitaria*, para determinar la credibilidad de un mandato popular.

Los sistemas directos y los representativos tienen diferentes puntos fuertes y flacos, pero ambos tienen que hacer frente al mismo problema: hablar es barato y es muy fácil, para los políticos electos, reclamar, sin satisfacer las condiciones apropiadas, que tienen un mandato del pueblo[18]. En consecuencia, los sistemas rivales dificultan que la reivindicación política de poseer un mandato gane credibilidad institucional. Pero tratan de conseguir este resultado de diferentes maneras.

En el sistema directo, los mandatos se comprueban mediante un procedimiento refrendario especialmente estructurado, que da a los votantes la última palabra. En el sistema representativo, los mandatos se comprueban mediante la operación de la separación o división de poderes. Ordinariamente, diferentes coaliciones políticas dominan en diferentes instituciones y en diferentes regiones del país, pero si un mismo movimiento transformador sigue ganando elecciones durante un tiempo suficientemente largo, dominará el sistema federal o nacional de un modo tan decisivo como para reclamar credibilidad en nombre del pueblo.

La Constitución estadounidense está firmemente comprometida con el sistema representativo e impone pruebas rigurosas a un movimiento reformista antes de que este pueda obtener la autoridad para reclamar un mandato. Cuando opera en el modo federal, el sistema clásico requiere que el movimiento obtenga el apoyo de dos terceras partes de ambas cámaras del Congreso y de tres cuartas partes de los estados para validar una enmienda

---

[18] Para una discusión de estas condiciones, véase B. Ackerman, *We the People: Foundations*, vol. 1, cit., pp. 266-294.

formal. Cuando opera en el modo nacional, la Constitución viva requiere que un movimiento mantenga su impulso electoral frente a una discrepancia vigorosa por parte de las instituciones conservadoras hasta que finalmente el movimiento obtiene el apoyo sostenido de los tres poderes, permitiéndole consolidar las leyes-hito y los superprecedentes judiciales.

Estos dos sistemas tienen diferentes puntos fuertes y debilidades. En la democracia directa, las cuestiones planteadas al pueblo mediante referéndums pueden ser engañosas y los votantes pueden estar mal informados acerca de lo que está realmente en juego. En el sistema representativo, los líderes políticos y judiciales tienen una mejor comprensión de los problemas clave, pero pueden expresar nuevos principios constitucionales en textos legales que diverjan significativamente de las interpretaciones populares.

Ninguno de los dos sistemas es perfecto, pero así es la vida. Si bien ambos pueden ser muy mejorados, mi tarea es interpretar la Constitución estadounidense tal como es, no como debería ser[19]. Desde este punto de vista, la objeción del abigarramiento de problemas es simplemente poco idónea: supone falsamente que nuestra Constitución trata de poner a prueba la reclamación de un mandato aislando cuestiones específicas para que los votantes centren su decisión en ellas. En realidad, nuestra tradición nacional de soberanía popular pone a prueba la reclamación de un mandato de una manera diferente: involucrando a los votantes y a sus representantes en una serie de elecciones y otorgando un mandato a los movimientos constitucionales que sobreviven a una rigurosa carrera de obstáculos institucional, que da a sus oponentes repetidas oportunidades de derrotar sus iniciativas en las urnas. El objeto de mi análisis en seis fases es describir esta carrera de obstáculos y determinar si los partidarios de los derechos civiles consiguieron llegar a la línea de meta.

En este marco, la victoria aplastante de 1964 tuvo una importancia muy diferente en cada uno de los tres grandes temas planteados en la campaña. El presidente Johnson había declarado su Guerra a la Pobreza unos meses antes en aquel mismo año, en su discurso sobre el estado de la Unión, y por ello su aplastante victoria sirvió solo como una señal constitucional que inauguraba un periodo de debate popular[20]. Pero a diferencia de la revolución de los derechos civiles, el pueblo estadounidense nunca dio seguimiento a esta señal dando un apoyo electoral sostenido a la Guerra a la Pobreza. La campaña antipobreza fue incapaz de mantener su impulso

---

[19] Para algunas sugerencias sobre este tema, véase B. Ackerman, *We the People: Transformations*, vol. 2, cit., pp. 410-416; y B. Ackerman, «The New Separation of Powers», *Harvard Law Review*, vol. 113, 2000, pp. 633, 666-668.

[20] La «Gran Sociedad» vino incluso más tarde, el 22 de mayo de 1964. Véase Lyndon Baines Johnson, «Remarks at the University of Michigan», 22 de mayo de 1964, en https://bit.ly/1HP-9JRP.

político durante la siguiente década y su suerte quedó sellada cuando su paladín, George McGovern, fue decisivamente derrotado por Richard Nixon en 1972. A partir de aquel momento, los partidarios de la redistribución económica persiguieron su objetivo –con poco éxito– mediante medios propios de la política ordinaria.

Mientras que la Guerra a la Pobreza de Johnson fue una señal fallida, sus políticas belicistas en Vietnam no tuvieron ningún tipo de importancia constitucional. En vez de proclamar un nuevo comienzo en política exterior, el presidente trataba de tranquilizar a los estadounidenses asegurándoles que operaría dentro del consenso bipartidista establecido por Harry Truman y Dwight Eisenhower. Era Goldwater, no Johnson, quien estaba proclamando la necesidad de un enfoque fundamentalmente nuevo y los votantes optaron por Johnson.

Por el contrario, la agenda de los derechos civiles estaba en una fase diferente de desarrollo. Había sido objeto de un acalorado debate en los tribunales, en las asambleas legislativas, en las sobremesas y en los lugares de trabajo durante una década, y el conflicto entre Johnson y Goldwater por la *Civil Rights Act* dejó claro que el país estaba en un momento decisivo[21]. Obteniendo una victoria tan aplastante como la de 1936, Johnson y su Congreso pisaban terreno firme al reclamar que los votantes les habían dado un mandato similar al de Roosevelt para avanzar con la revolución de los derechos civiles[22].

Esto es lo que digo cuando califico las elecciones de 1964 de elecciones desencadenantes. Si bien representan una fase crucial en la dinámica de la soberanía popular, *no* sugiero que bastasen para transformar la *Civil Rights Act* inmediatamente en un elemento central de nuestro canon constitucional. Pese a la arrolladora victoria de Johnson, seguía siendo posible que los conservadores rechazasen el asalto progresista al *statu quo*.

Pero fue aún más difícil. Supongamos, por ejemplo, que los goldwateristas hubiesen experimentado un notable renacimiento político durante las

---

[21] Véase Th. White, *The Making of the President 1964*, cit., p. 305 («La discusión sobre el tema de los derechos civiles en el verano y el otoño de 1964 probablemente fue más obsesiva que ninguna otra cuestión en las conversaciones privadas de los estadounidenses»).

[22] El 24 de julio, Goldwater y Johnson respondieron a una oleada de disturbios urbanos acordando informalmente evitar declaraciones que pudiesen inflamar una situación muy inestable. Pero en una conferencia de prensa anterior a su reunión, Johnson dejó claro que «no tenía intención de eliminar de la campaña la cuestión de los derechos civiles», R. Dallek, *Flawed Giant: Lyndon Johnson and His Times, 1961-1973*, cit., p. 134. La postura de Barry Goldwater respecto a la cuestión de los derechos civiles era bien conocida. Repitió sus familiares posturas en un discurso televisado a toda la nación el 22 de octubre, y durante las últimas semanas de la campaña bombardeó el Sur con discursos regionalmente televisados. Véase Gene Shalit y L. K. Grosman (eds.), *Somehow It Works: A Candid Portrait of the 1964 Presidential Election*, Nueva York, Doubleday, 1965, p. 203.

elecciones de 1966, 1968 y 1970, llevando al poder a un nuevo presidente y a un nuevo Congreso que revocase la *Civil Rights Act* de 1964 y que hubiese ido más allá rechazando los principios fundacionales del constitucionalismo del *New Deal*. En este escenario, los juristas actuales contemplarían lo ocurrido en 1964 como un accidente que no representaría más que una impresión colectiva momentánea por la muerte de Kennedy.

Este experimento imaginario nos ayuda a depurar la importancia de unas elecciones desencadenantes. Antes de las elecciones de 1964, el gran debate entre derechos civiles y derechos de los estados estaba en un relativo equilibrio, con ninguno de los dos bandos incrementando claramente su apoyo en la lucha por el apoyo público. Pero una vez que Johnson y el Congreso partidario de la igualdad racial progresista barrieron en las urnas, incluso los conservadores más acérrimos en cuestiones raciales reconocieron que la corriente principal de la opinión nacional se estaba desplazando en un sentido no favorable para ellos y que les convenía variar rápidamente la dirección de la marea antes de que se convirtiera en la corriente constitucional mayoritaria.

Fase cuatro: elaboración movilizada

En este contexto, la respuesta del Tribunal Supremo a la *Civil Rights Act* reveló toda su importancia. Si hubiese invalidado los aspectos más revolucionarios de la ley, Johnson, King y sus aliados en el Congreso habrían despilfarrado buena parte de su mandato electoral combatiendo la intransigencia del Tribunal en vez de avanzar con la *Voting Rights Act* de 1965 y la *Fair Housing Act* de 1968.

Esto fue lo que le sucedió a Roosevelt: pese a su victoria decisiva sobre Landon, no pudo traducir sus elecciones desencadenantes en una gran cosecha de legislación en pro del *New Deal*. Hubo mucha deliberación movilizada en 1937, pero se centró en el ataque del presidente al Tribunal Supremo, y con razón. A menos que Roosevelt consiguiese superar la resistencia judicial continuada a los avances del *New Deal*, la crisis constitucional amenazaba con intensificarse fuera de control. El viejo Tribunal Supremo respondió finalmente a este peligro ejecutando su famoso «cambio a tiempo» y dando su aprobación a elementos clave del programa del presidente. Sin embargo, su confrontación poselectoral con Roosevelt le privó a este de una buena dosis de impulso político.

Por el contrario, el Tribunal presidido por Warren permitió al presidente y al Congreso hacer un uso más constructivo de su periodo de deliberación movilizada. Esto no tuvo nada de accidental. Liberal o conservadora, había

una proposición sobre la que todos los miembros del Tribunal de Warren podían estar de acuerdo: la de que el viejo Tribunal Supremo de la década de 1930 había cometido un trágico error oponiéndose al *New Deal* y que dicho error no debía de repetirse nunca.

El Tribunal no hizo esperar al país para dejar claro su mensaje. El presidente Johnson firmó la *Civil Rights Act* el 2 de julio de 1964, y los magistrados aceleraron casos que desafiaban su constitucionalidad, dictando sentencia el 14 de diciembre, solo un mes después de que los votantes hubiesen dado una victoria aplastante al presidente y a su Congreso progresista. Las decisiones de *Heart of Atlanta Motel* y de *McClung* no solo rechazaron los argumentos esgrimidos por Goldwater contra la *Civil Rights Act*, sino que también ofrecieron el respaldo unánime del Tribunal a esta norma decisiva[23].

La apariencia de unanimidad era engañosa. Documentos confidenciales muestran que los magistrados tuvieron dificultades reales con la ley. Su problema era el principio de *stare decisis* [atenerse a lo decidido]. Después de la Reconstrucción, como se sabe, el Tribunal había revocado determinada normativa reguladora de los establecimientos públicos en los *Civil Rights Cases* de 1883. Si el Tribunal de Warren hubiese seguido este importante precedente, se habría visto obligado a revocar disposiciones centrales de la ley actual sometidas a su consideración.

Por supuesto, los magistrados no hubiesen permitido que el principio de *stare decisis* les impidiese anular *Plessy* tal como se aplicaba a la educación en *Brown*. Pero es un error exagerar el activismo del Tribunal de Warren. Buscando en los archivos he encontrado pruebas de que efectivamente se había preparado una estrecha mayoría de cinco votos para eviscerar los *Civil Rights Cases* si esta hubiese sido la única forma de confirmar la nueva ley. (Haré un relato paso a paso en el capítulo 7). Pero el juez John M. Harlan dejó claro que respondería con un voto particular discrepante y es posible que otros le hubiesen acompañado[24]. Si el Tribunal hubiese anunciado una decisión divisoria, la discrepancia habría mejorado mucho la respetabilidad constitucional de una campaña feroz contra la ley de 1964[25].

---

[23] *Heart of Atlanta Motel v. United States*, 379 U.S., 1964, p. 241; *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S., 1964, p. 294.

[24] En la reunión del Tribunal, Harlan afirmó sin lugar a dudas, «En virtud de la Decimocuarta Enmienda me atengo a los Casos de Derechos Civiles y considero inconstitucional [la *Civil Rights Act* de 1964]». Del Dickson (ed.), *The Supreme Court in Conference (1940-1985)*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 727; Tinsly Yarbrough, *John Marshall Harlan*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 253.

[25] A comienzos de la década de 1950, el presidente del Tribunal Supremo, el juez Warren, pudo permitirse tomarse mucho tiempo para obtener la unanimidad para *Brown*. Véase Richard Kluger, *Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*, Nueva York, Alfred Knopf Inc., 1976, pp. 678-699. Pero en 1964 el Tribunal ya

Aquí es donde intervino el constitucionalismo del *New Deal*. El juez Harlan había sido nombrado por Eisenhower y, como todos los Republicanos modernos, había hecho las paces con la lectura amplia de la Cláusula de Comercio heredada de la década de 1940. Estaba dispuesto a unirse a *Heart of Atlanta* y a *McClung* en la medida en que los dictámenes se basasen exclusivamente en la interpretación del *New Deal* de la Cláusula de Comercio sin cuestionar la doctrina en vigor de la protección igual heredada del primer periodo de la Reconstrucción.

En el contexto del corto plazo, tenía sentido que el resto del Tribunal secundase esta posición. Añadiendo su voz unánime al juicio emitido por el presidente, el Congreso y los votantes, privaba a los oponentes más acérrimos de un apoyo dotado de autoridad a sus objeciones constitucionales[26]. Sin embargo, hablando en nombre del Tribunal, el juez Tom Clark trataba los grandes objetivos de la ley-hito casi como un estorbo al declarar que la autoridad del Congreso en virtud de la Cláusula de Comercio del *New Deal* no era «menos válida» cuando «legislaba contra un error moral»[27]. Explicaba, en cambio, de manera insulsa, que la ley tenía que aplicarse a un remoto restaurante, porque su propietario había comprado 150.000 dólares de comida, 69.683 de los cuales (el 46 por 100) eran carne comprada a un proveedor local que la había obtenido fuera del estado»[28]. Sean cuales fueren los fundamentos pragmáticos de estas banalidades, refuerzan mis principales argumentos: si los juristas del siglo XXI quieren realmente entender los grandes logros igualitarios de la historia moderna, tienen que mirar más allá de los *United States Reports*. Para entender los verdaderos objetivos constitucionales de la *Civil Rights Act*, tienen que escuchar las voces de Martin Luther King Jr., Lyndon B. Johnson, Hubert Humphrey y Everett Dirksen, cuando elaboran esta ley-hito en nombre del pueblo estadounidense.

Este será el objetivo de la segunda parte de este libro. De momento, basta con subrayar el importantísimo papel que desempeñó el constitucionalismo del *New Deal* en la configuración del sistema de producción

---

no controlaba los acontecimientos; una vez que los votantes habían rechazado decisivamente a Goldwater, el hecho de que el Tribunal prolongase la demora habría generado muchas incertidumbres acerca de la constitucionalidad de la ley, garantizando con ello una legitimidad provisional a los intentos de defender las leyes Jim Crow sobre el terreno.

[26] Técnicamente hablando, los dictámenes del juez Clark en el Tribunal en los casos *Heart of Atlanta Motel* y *McClung* no fueron unánimes, ya que el juez Hugo Black presentó un voto particular. Véase *Heart of Atlanta Motel v. United States*, 379 U.S., 1964, pp. 268-78. Pero desde el punto de vista doctrinal, el juez Black adoptó las mismas teorías de la Cláusula de Comercio elaboradas por el juez Clark. Si bien los jueces Douglas y Goldberg respaldaban también la Cláusula de Comercio, presentaron votos particulares basados en la Decimocuarta Enmienda como justificación alternativa. *Heart of Atlanta Motel v. United States*, 379 U.S., 1964, p. 279 (Douglas, J., voto particular); *ibid*., p. 291 (Goldberg, J., voto particular).

[27] *Ibid*., p. 257.

[28] *Katzenbach v. McClung*, 1964, pp. 296-297.

normativa de carácter superior de la década de 1960. La campaña de Roosevelt-Landon en 1936 no solo sirvió como punto de referencia crucial para la reclamación por parte de Lyndon B. Johnson de un mandato en 1964, sino que la confianza del Tribunal Supremo en la doctrina del *New Deal* fue central a la hora de enmarcar la siguiente fase de la dinámica de la producción normativa de carácter superior, la elaboración movilizada.

Para formular el problema funcionalmente: en el régimen moderno, el Tribunal Supremo desempeña un rol de portero guardián a la hora de controlar la dinámica de la fase de elaboración. Si trata de mantener cerrada la puerta, como en la década de 1930, se gastará mucha energía política tratando de abrirla, pero si el Tribunal la abre de par en par, como en la década de 1960, el movimiento constitucional podrá aplicar todas sus energías a elaborar su punto de vista en una serie de leyes-hito.

Este punto básico contribuye a explicar una sorprendente diferencia entre la era del *New Deal* y la de los derechos civiles. A pesar de la arrolladora victoria de Roosevelt en 1936, el ritmo de los logros legislativos se redujo perceptiblemente durante su segundo mandato. Las leyes-hito aprobadas entre 1933 y 1935 continuaron dando forma a la Constitución viva del siglo XXI; pensemos en la *Securities and Exchange Act*, la *National Labor Relations Act*, y la *Social Security Act*. Pero pese a su aplastante victoria sobre Landon, Roosevelt no podía seguir obteniendo victorias comparables durante su segundo mandato, en parte debido a que estaba centrado en su campaña de ampliación del número de magistrados del Tribunal para poner en vereda al viejo Tribunal adaptándolo al *New Deal*[29]. A medio mandato, Roosevelt resolvió esta crisis nombrando a una serie de jueces afines, que canonizaron de manera decisiva el punto de vista del *New Deal* en una serie de superprecedentes[30]. Pero la batalla a corto plazo contra el viejo Tribunal Supremo hizo imposible que el presidente utilizase su victoria de 1936 como trampolín para la promulgación de una ambiciosa serie de leyes-hito.

La transformación constitucional procedió a un ritmo muy diferente en la década de 1960. Hubo solo logros modestos durante los años de Kennedy, y la primera gran ley-hito se promulgó solamente después de su asesinato[31]. Pero en contraste con el *New Deal*, la aplastante victoria de Johnson en noviembre de 1964 abrió las puertas a la aprobación de la

[29] Posiblemente el logro más característico del segundo mandato de Roosevelt fue la *Fair Labor Standards Act* de 1938, que estableció un salario mínimo nacional por primera vez en la historia estadounidense, rechazando la doctrina restrictiva del viejo Tribunal implementada en el caso *Hammer v. Dagenhart*. Aunque este fue un avance importante, no tiene punto de comparación con los logros conseguidos durante el primer mandato de Roosevelt.

[30] Véase B. Ackerman, *We the People: Transformations*, vol. 2, cit., pp. 368-375.

[31] Posiblemente el logro más digno de mención de los años de Kennedy fue el apoyo del presidente a la decisión del Congreso de aprobar la Vigesimocuarta Enmienda. Pero como veremos en los capítulos 5 y 6 este «éxito» estuvo lleno de paradojas agridulces.

Voting Rights Act de 1965 y de la *Fair Housing Act* de 1968. Si bien otros factores contribuyeron a esta dinámica característica, es fácil pasar por alto la importancia del ejercicio por parte del Tribunal Supremo de su poder como guardián.

Pero aún no hemos llegado al final de nuestra historia. Pese a las elecciones desencadenantes de 1964, pese a la luz verde del Tribunal Supremo, seguía siendo perfectamente posible que el pueblo estadounidense retirase su mandato y rechazase las leyes-hito.

La prueba clave se produciría en 1968. Cuando los estadounidenses volviesen a pasar por las urnas, ¿elegirían a un presidente y a un Congreso que mantendrían el compromiso con la recién establecida constitución del *New Deal*-Derechos Civiles? ¿O votarían para hacer retroceder las manecillas del reloj?

Fase cinco: las elecciones de ratificación

Una vez más, la experiencia del *New Deal* nos proporciona una perspectiva comparativa. Al abordar las elecciones presidenciales de 1940, los Republicanos tenían ante sí una difícil alternativa: podían continuar librando una batalla total contra el *New Deal* o podían aceptar la legitimidad del orden constitucional ascendente. Tras una revaluación angustiosa, el partido tomó el segundo camino. Su candidato, Wendell Willkie, apenas era Republicano; en 1938 todavía estaba registrado como Demócrata[32]. Pese al gesto de acomodación del partido, en noviembre los votantes dieron una victoria decisiva a Roosevelt por un 55-45 por 100.

Este porcentaje no fue tan claro como el 61-39 por 100 de la arrolladora victoria de 1936, pero el veredicto popular fue suficientemente claro. Si los Republicanos retiraban su implacable oposición al *New Deal*, era obvio que el pueblo estadounidense no estaba a punto de volver a la visión de Hoover-Landon de un gobierno nacional limitado. El voto de 1940 fue un voto electoral de ratificación.

¿Podía decirse lo mismo en 1968?

Esta pregunta exige reconsiderar los estereotipos familiares de Nixon. Nixon es el tipo al que a los progresistas les encanta odiar: desde su salto a la fama como caza-rojos en la década de 1940 hasta su vergonzosa caída después del caso Watergate en la década de 1970, su carrera constituye

[32] Véase Robert Mason, *The Republican Party and American Politics from Hoover to Reagan*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, pp.79-95; Joseph Barnes, *Wendell Willkie*, Nueva York, Simon and Schuster, 1952, pp. 125-210.

una provocación interminable para la jerga psicológica moralizadora. Pero yo quiero centrar especialmente la atención en su papel como candidato presidencial en 1968. Por lo que respecta a las leyes-hito sobre derechos civiles su historial es bastante claro: Richard Nixon fue el Wendell Willkie de 1968, es decir, la expresión de la confirmación por parte del Partido Republicano de la revolución constitucional más reciente.

Solo que esta vez Willkie ganó.

Elaboremos más este punto: la aplastante derrota de Goldwater en 1964 obligó al Partido Republicano a iniciar otro periodo de revaluación angustiosa y, del mismo modo que en 1940, el partido se negó a elegir a un candidato que continuase las denuncias contundentes del nuevo régimen. En este caso fue Ronald Reagan quien denunció las leyes-hito de la revolución de los derechos civiles y Richard Nixon quien las apoyó[33]. La Convención Nacional Republicana eligió a Nixon, un hombre comprometido desde tiempo atrás con los derechos civiles; recuérdense sus esfuerzos de acabar, como presidente del Senado en 1957, con la regla del obstruccionismo. Como explicaremos en la Segunda Parte, Nixon también jugó un papel clave garantizando la aprobación de la *Fair Housing Act* de 1968, alentando a los Republicanos del Congreso a unirse a los Demócratas progresistas para impedir el obstruccionismo del Sur contra esta iniciativa histórica[34].

Los compromisos de Nixon se pusieron nuevamente a prueba durante la campaña de otoño. Con Hubert Humphrey protagonizando un retorno espectacular en las urnas y George Wallace registrando un apoyo de hasta el 21 por 100, el futuro político de Nixon peligraba. Si hubiese sido un mero oportunista, podría haber hecho el juego a los votantes de Wallace, dejándoles suponer que toleraría una mayor erosión de las leyes sobre derechos civiles[35].

Pero no fue esto lo que sucedió. Nixon *hizo* una campaña de ley y orden, pero no titubeó ni un momento en su apoyo a las leyes-hito[36]. El

---

[33] «[Reagan] se opone a las leyes sobre derechos civiles de 1964 y 1965 tanto como Nixon las apoya», Stephen Hess y David Broder, «Durability in Drive for Power Is Demonstrated», *The Washington Post*, 1 de diciembre de 1967, A18. Véase Th. White, *The Making of the President 1964*, cit., pp. 236-247.

[34] Véase el capítulo 10.

[35] Wallace pedía «modificaciones en el *Civil Rights Bill* [Proyecto de ley sobre Derechos Civiles]», que «no favorecía a ningún ciudadano de este país, independientemente de su raza». George Wallace, *Hear Me Out*, 1968, Anderson (SC), Drake House Publishers, p. 18. También continuó preconizando la segregación: «Si nos amalgamamos en una unidad como propone la filosofía comunista, el enriquecimiento de nuestras vidas, la libertad de nuestro desarrollo, se habrán acabado para siempre. Nos convertiremos en un híbrido», *ibid.*, p. 118.

[36] Nixon se opuso al traslado de escolares en autobús a colegios fuera de su zona ordenado por los tribunales para favorecer la integración racial, pero esta iniciativa del Tribunal de Warren no

momento de la verdad para Nixon llegó en octubre de 1968, cuando los sondeos de opinión pusieron de manifiesto un espectacular regreso de Humphrey. Un candidato más oportunista habría cambiado de estrategia para dar pruebas de cierta flexibilidad respecto a las leyes-hito y atraer de este modo a su campo a millones de votantes potenciales de Wallace. Pero en cambio «Nixon, de un modo notorio, concienzudo y calculado se negó a sí mismo todos los votos racistas cediéndoselos a Wallace», como dijo Theodore White en su clásico *The Making of the President*[37].

Nixon –¿me atrevo a decirlo?– era un hombre de principios. Apeló a la mayoría silenciosa en un montón de cuestiones racialmente codificadas, pero se negó a unirse a Wallace denunciando las leyes, y le salió bien la apuesta, porque obtuvo una victoria muy ajustada sobre Humphrey[38]. Igual que en 1940, los candidatos republicanos y demócratas convergieron en un nuevo consenso constitucional. Nixon ya no llevaría al país a los días de Jim Crow, como tampoco Willkie exhortaría a los estadounidenses a regresar a los días de Herbert Hoover.

1968, como 1940, marcó la fecha de unas elecciones de ratificación.

* * * * *

Con un consenso bipartidista tras el nuevo régimen de los derechos civiles, el sistema de producción normativa de carácter superior entró en su fase final, la de consolidación. Aunque Nixon no era Barry Goldwater ni mucho menos George Wallace, no tenía planes para futuros avances decisivos en la cuestión de los derechos civiles. Cuando el movimiento en pro de los derechos civiles empezó a fragmentarse tras el asesinato de King, la política empezó a regresar a una clave más normal, con los líderes progresistas del Congreso haciendo tratos con el presidente, cuyas prioridades estaban en otra parte. Los días de una presidencia movimiento hablando en nombre del pueblo habían terminado.

Sin embargo, Nixon jugó un papel importante en la negociación de los términos del nuevo acuerdo constitucional. Como se explica en la segunda parte, el presidente no llegó a aceptar muchas demandas liberales,

---

tenía su fundamento en los requisitos de las leyes de los derechos civiles. Véase el capítulo 11. Por otro lado, daba explícitamente apoyo a «una década de revolución en la que se ha implementado la estructura legal necesaria para garantizar derechos iguales». Nixon-Agnew Campaign Committee, *Nixon Speaks Out*, 1968, p. 59; véase también su promesa de «hacer cumplir el Título VI de la *Civil Rights Act*», un elemento clave para acabar con la segregación escolar en el Sur. Nixon-Agnew Campaign Committee, *Nixon on the Issues*, 1968, p. 98.

[37] Véase Th. White, *The Making of the President 1964*, cit., p. 363. Véase también *ibid.*, p. 372.

[38] Nixon obtuvo 31.783.783 votos (43,4 por 100) y Humphrey 31.271.839 (42,7 por 100); una diferencia de unos 600.000 votos. Wallace obtuvo 9.901.000 votos, el 13,5 por 100. Véase David Leip, «1968 Presidential General Election Results», *Dave Leip's Atlas of U.S. Presidential Elections*, 2012, en https://bit.ly/2rzx0nf.

especialmente en lo relativo a las polémicas cada vez más acaloradas sobre el transporte escolar (*busing*). Pero respaldó otras muchas demandas –incluida la de la acción afirmativa– con notable vigor y firmó una serie de leyes de consolidación, que mejoraban de forma significativa las leyes-hito aprobadas durante el gobierno de Johnson. Al final de los años de Nixon, los tres poderes institucionales habían colaborado de forma compleja para afianzar el régimen del *New Deal*-Derechos Civiles. En una fase comparable, durante la Reconstrucción del siglo XIX, el gobierno de Grant no llegó a cumplir las promesas de la Decimotercera y la Decimocuarta Enmiendas[39]. Pero esto no iba a suceder por segunda vez, porque las leyes ya promulgadas se estaban convirtiendo en una realidad poderosa en todo el país.

La Segunda Reconstrucción no significó el triunfo final de Estados Unidos sobre su legado racista. Pero comparada con la primera Reconstrucción fue un éxito relativo. Cuando Booker T. Washington y W. E. B. Du Bois abordaron las Enmiendas de la Reconstrucción a comienzos del siglo XX, solo pudieron considerarlas como penosas parodias de una pretensión constitucional. Nosotros nos encontramos a la misma distancia respecto a la era de los derechos civiles y la escena es muy diferente. Si bien las leyes-hito son amenazadas por el Tribunal Supremo presidido por Roberts, cada vez más agresivo, siguen siendo realidades centrales de la Constitución viva, lo cual no es poco.

Del partido movimiento a la política de los medios de comunicación

Hemos situado la revolución de los derechos civiles en una perspectiva histórica y explorado sus relaciones con ciclos pasados de soberanía popular, concretamente con la Reconstrucción y el *New Deal*. Esto nos ha permitido señalar diferencias y similitudes: cómo el Tribunal, más que la presidencia, sirvió como institución señalizadora fundamental; cómo la bala de un asesino transfirió el liderazgo constitucional a una presidencia movimiento en la década de 1960, en comparación con un Congreso movimiento en la década de 1860; cómo los precedentes del *New Deal* permitieron a Lyndon B. Johnson reclamar un mandato rooseveltiano del pueblo en 1964 y alentaron al Tribunal Supremo a diferir este mandato confirmando la *Civil Rights Act*.

Cada uno de estos contrastes es digno de una mayor reflexión, pero yo quiero centrarme en una diferencia clave que podría fácilmente escapar a nuestra atención. A diferencia de todos los momentos constitucionales

---

[39] Véase Eric Foner, *Reconstruction: America's Unfinished Revolution, 1863-1877*, Nueva York, Harper & Row, 1988, pp. 557-562; William Gillette, *Retreat from Reconstruction 1869-1879*, Baton Rouge (LA) y Londres, Louisiana State University Press, 1979, pp. 25-55, 166-186.

decisivos desde los días de Thomas Jefferson, la era de los derechos civiles no presupone un partido movimiento que haga las veces de principal motor de la soberanía popular[40]. Si bien King y otros dirigentes ganaron definitivamente el apoyo de millones de seguidores, blancos y negros, no llegaron a dominar a los partidos políticos establecidos ni lograron formar un partido insurgente propio. Desde el *New Deal*, el Partido Demócrata tenía una doble personalidad, con los progresistas norteños y los racistas sureños formando una coalición política precaria. Lo mismo podía decirse de los Republicanos, con políticos contrarios al *New Deal* como Barry Goldwater, que rechazaban unas iniciativas en pro de los derechos civiles que eran perfectamente aceptables para los Republicanos modernos como Richard Nixon y para lincolnianos como Everett Dirksen. Esta división entre el movimiento y el sistema de partidos hizo que la traducción de la política constitucional en ley constitucional fuese un asunto especialmente dificultoso.

De manera obvia, fue particularmente difícil que el movimiento presionara al presidente y al Congreso para que procedieran a implementar un ambicioso programa legislativo, ya que ello generaba graves tensiones políticas que amenazaban con hacer añicos a los dos principales partidos. Esto significaba que era mucho lo que dependía de las habilidades políticas de los líderes del movimiento, especialmente de la combinación en King de unos elevados principios gandhianos y una astuta política comunicativa. King planeó sus campañas en el Sur con el objetivo de provocar la aparición en televisión de unas imágenes horrendas de brutalidad racista[41]. Estas dramáticas imágenes tuvieron un fuerte impacto en la conciencia nacional y alentaron a los progresistas partidarios de la igualdad racial de ambos partidos a adoptar el camino éticamente correcto en la cuestión de los derechos civiles[42].

Para expresarlo en pocas palabras, King utilizó la política de los medios de comunicación para sustituir a un partido movimiento como motor de la producción normativa de carácter superior, y la cosa funcionó. Pero había peligros acechando. King se estaba convirtiendo en rehén de los cálculos de las empresas de comunicación: si los productores de TV creían que los militantes negros eran un buen tema para mejorar la audiencia, la versión de la no violencia de King podía fácilmente ser superada por las escenas de

---

[40] Véase mi *The Failure of the Founding Fathers*, cit., para una explicación de los dolores de parto del modelo movimiento-partido-presidencia durante la crisis electoral de 1800.

[41] Como explicó King en la *Saturday Review*, su objetivo al organizar manifestaciones no violentas en Selma era provocar la violencia y obligar a la nación a asistir a escenas de brutalidad policial, apelando de este modo a la «conciencia de los estadounidenses» para «exigir la intervención de la legislación federal». Véase Martin Luther King Jr., «Behind the Selma March», *Saturday Review*, 3 de abril de 1965, p. 16; véase también M. Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*, cit., p. 429.

[42] *Ibid.*, pp. 421-442.

los disturbios de Watts. Aunque los partidos movimiento pierden ímpetu con el tiempo, no lo pierden tan rápido como los líderes de los movimientos de los medios de comunicación.

La ausencia de un partido movimiento también causó graves problemas a los votantes corrientes. Si los estadounidenses discrepaban de la Decimocuarta Enmienda en 1866 o del *New Deal* en 1936, tenían una manera fácil de decir no: podían simplemente echar del poder a los Republicanos del siglo XIX o a los Demócratas del siglo XX. Pero si un republicano moderno como Nelson Rockefeller hubiese ganado la nominación presidencial del Partido Republicano en 1964, los votantes se habrían visto privados de una decisión clara de sí o no en un momento decisivo.

Pero quiso la suerte que el tipo correcto de Republicano saltase a primer plano en el momento más oportuno del proceso de la producción normativa de carácter superior: Dirksen uniéndose a los Demócratas para aprobar la *Civil Rights Act*, Goldwater presentando una alternativa clara en 1964 y Richard Nixon apoyando el nuevo régimen en 1968 y consolidándolo a continuación.

Podría haber sido diferente. Las esperanzas de la nación de un nuevo comienzo en las relaciones raciales podían haberse visto desbordadas por los disturbios raciales, las discusiones partidistas y el punto muerto legislativo. La ausencia de un partido movimiento puso una carga extraordinariamente pesada en determinados actos de liderazgo político para impulsar el proceso hacia un sentido de resolución colectivo. La combinación paradójica de Earl Warren, Dwight Eisenhower, John Kennedy, Martin Luther King Jr., Lyndon Johnson, Everett Dirksen, Barry Goldwater y Richard Nixon permitió al pueblo estadounidense organizar un proceso significativo para debatir y decidir su destino constitucional. Pese a los retos y a las tragedias vividas, los estadounidenses habían conseguido trascender la pequeñez de la política ordinaria y el caos de la acción de masas para confirmar su apoyo a una serie de leyes-hito, que destrozaron el sistema de Jim Crow en este país.

La canonización de la revolución de los derechos civiles

La cuestión es si los estadounidenses de hoy están a la altura del desafío menor de hacer honor a este logro colectivo. ¿Garantizará la profesión legal un lugar central a las leyes-hito en el canon constitucional del siglo XXI?

Los partidarios de la Constitución formalista dicen que no. No pueden trascender el hecho de que las enmiendas mediante el Artículo Cinco de las décadas de 1960 y 1970 no consigan expresar los logros constitucionales centrales de la revolución de los derechos civiles. En el mejor de los casos,

los formalistas cuentan una historia *whiggish* describiendo la era como el cumplimiento de los compromisos constitucionales hechos un siglo antes por las Enmiendas de la Reconstrucción. Y, en el peor, puede que denuncien parte de las leyes-hito como inconstitucionales, porque van más allá del marco de la Reconstrucción heredado del siglo XIX.

Mi objetivo ha sido proporcionar unas herramientas propias del derecho común que permitan a la profesión reconocer la Segunda Reconstrucción por lo que fue: uno de los grandes actos de soberanía popular en la historia estadounidense. Con su gran rechazo, los formalistas están rindiendo culto a John Wilkes Booth. No se dan cuenta de que fue la bala de Booth la que perturbó el patrón estándar de liderazgo presidencial, que ha estado en el centro de la política constitucional desde los tiempos de Jefferson. Si Booth hubiese fallado el tiro en el Teatro Ford, la Constitución formal nunca hubiese sido enmendada para incluir las cláusulas de Protección Igual y del Proceso Debido de la Decimocuarta Enmienda. En vez de ello, los Republicanos se habrían pasado unos cuantos años trabajando sobre el significado constitucional de conceptos como ciudadanía e igualdad en gran parte por medio de leyes-hito y de superprecedentes judiciales.

En otras palabras, fue la década de 1860, y no la de 1960, la que constituye una rareza histórica en el desarrollo constitucional. La era de los derechos civiles es simplemente una variación más en el gran tema del liderazgo presidencial, con el apoyo de un movimiento, para el cambio constitucional en nombre del pueblo estadounidense. Los hitos legales surgidos de este momento de soberanía popular no deberían ser denigrados meramente porque adoptasen la forma de leyes y de superprecedentes.

Por supuesto, los principios básicos de la legislación de los derechos civiles podrían ser revocados por una mayoría simple del Congreso, si esta fuese respaldada por el presidente. Pero una mayoría nacional suficientemente decidida también podría dar marcha atrás al dictamen de *Marbury v. Madison* y socavar de manera decisiva la práctica vigente de la revisión judicial. De todos modos, este aspecto formal no priva a *Marbury* de un lugar canónico en nuestra tradición. Igual que sucede en el caso de *Marbury*, un asalto general a las leyes-hito no podría darse sin una masiva movilización popular igual en fuerza, pero opuesta en efecto, al movimiento en pro de los derechos civiles que las generó en primer lugar.

Esto basta para clarificar mi argumento. No tengo ningún interés en construir un canon constitucional para toda la eternidad. Ya es bastante difícil definir uno que tenga sentido a comienzos del siglo XXI. No tengo ninguna bola de cristal: si una generación futura hace efectivamente el esfuerzo colectivo de revocar las leyes-hito de la década de 1960, los estadounidenses estarán entonces viviendo en un mundo constitucional

diferente y tendrán que definir por sí mismos un canon constitucional muy diferente. A nosotros nos basta con hacer justicia a nuestro propio pasado y presentar a nuestros sucesores una interpretación digna de su herencia constitucional.

V
EL MOMENTO DECISIVO

Esta parte del libro presenta un argumento en tres pasos, y ahora estamos entrando en la recta final.

Paso 1: Mi diálogo con Alfarabi estableció que los juristas no pueden realmente entender la revolución de los derechos civiles simplemente observando las enmiendas formales generadas en virtud del Artículo Cinco (capítulo 1).

Paso 2: Podemos aceptar este gran logro constitucional solamente siguiendo el proceso de seis fases a través del cual el pueblo estadounidense y sus líderes forjaron y consolidaron las grandes leyes-hito de la Segunda Reconstrucción (capítulos 2, 3 y 4).

Y ahora toca el tercer paso, que demuestra que Martin Luther King Jr., Lyndon B. Johnson y otros muchos líderes eran muy conscientes de que estaban utilizando leyes-hito para enmendar la constitución, y que *defendían públicamente esta opción como alternativa legítima al camino establecido por el Artículo Cinco.*

El momento de la verdad llegó como parte de la batalla por el impuesto de capitación que condicionaba el derecho al voto, uno de los grandes símbolos del racismo sureño y uno de los objetivos más tempranos de los reformadores. Desde la década de 1930 en adelante, los progresistas partidarios de la igualdad racial trataron repetidamente de conseguir el apoyo del gobierno federal en una campaña para abolir el impuesto de capitación, pero no lograron resultados duraderos hasta que se rompieron los diques entre 1962 y 1966. Durante cuatro cortos años, la Vigesimocuarta Enmienda, la Sección 10 de la *Voting Rights Act* y *Harper v. Virginia State Board of Elections* erradicaron el impuesto de capitación.

Los juristas actuales recuerdan solamente uno de estos textos y, curiosamente, es *Harper*. Digo «curiosamente», porque la Vigesimocuarta es una enmienda del Artículo Cinco y, según el canon oficial, debería ocupar un lugar de honor. Pero de hecho nadie se toma en serio la Vigesimocuarta Enmienda. Muchos destacados profesores de Derecho suspenderían un

examen sobre el tema. La Sección 10 de la *Voting Rights Act* está aún más al margen de la pantalla del radar: los más entusiastas adictos a la ley electoral se atrancarían antes de recordar qué dice la Sección 10, que no tiene ninguna importancia legal actualmente. En cambio, es sabido que los juristas pueden recordar fácilmente que *Harper* condena las restricciones sobre el sufragio basadas en la riqueza.

Llamamos a esto el rompecabezas del impuesto de capitación, porque es un testimonio sorprendente de la tendencia que tiene la profesión a observar al Tribunal Supremo. Aunque el canon *oficial* coloca a la Vigesimocuarta en la vanguardia, el canon *operativo* la relega a las sombras. Yo pediría una reorganización del canon operativo, y situaría a la Vigesimocuarta y a la Sección 10 en el primer plano legal.

Sí a la Vigesimocuarta –oigo decir al lector–, *pero, ¿por qué abogar por la olvidada Sección 10? Es simplemente una ley, no una enmienda constitucional y, por ello, no tiene un lugar en el canon oficial. ¿Acaso su actual oscuridad no es totalmente merecida?*

No es eso lo que parecía durante la década de 1960. La Vigesimocuarta Enmienda y la Sección 10 son una pareja única en nuestra historia. Ambas apuntan a un mismo problema: el impuesto de capitación. Ambas condenan el impuesto: la enmienda en las elecciones federales, la ley en las elecciones estatales. Ambas fueron promulgadas casi al mismo tiempo: la enmienda en 1964, la ley en 1965. Pero fue la ley, no la enmienda, la que inauguró la revolución constitucional. La prohibición que impone la Vigesimocuarta a los impuestos de capitación en las elecciones generales fue una medida de mínimos, que podía haberse implementado mediante una ley. Por el contrario, la Sección 10 atacaba un principio nuclear del federalismo, que garantizaba a los estados el derecho a determinar las cualificaciones para votar (excepto en aquellos casos explícitamente prohibidos por la Decimoquinta y la Decimonovena Enmiendas, que afectaban a los negros y a las mujeres). Si había algo que requería una enmienda del Artículo Cinco tenía que haber sido la prohibición de los impuestos de capitación estatales.

Este punto se entendió muy bien en su momento. De hecho, el intento revolucionario de utilizar una ley para eludir, mediante una táctica evasiva, el Artículo Cinco perjudicó la aprobación de toda la *Voting Rights Act*. Pero Johnson se negó a dejar que sucediera esto. Recién salido de su arrolladora victoria sobre Goldwater, se unió a King, Everett Dirksen y Nicholas Katzenbach para elaborar una prohibición legal de los impuestos de capitación y para reivindicar el mandato popular para una transformación revolucionaria de la política sureña. Con la opinión pública siguiendo cada uno de sus movimientos, el presidente y el Congreso llegaron finalmente a una decisión clara y pública: sí, *había* llegado el momento de

complementar la forma clásica de enmienda constitucional con el sistema moderno de leyes-hito.

Esta historia debería ser del mayor interés. Al fin y al cabo, el hecho de que el debate sobre los fundamentos constitucionales se desborde desde los tribunales y las aulas hasta el centro mismo de la vida pública estadounidense no es algo que suceda cada día. Hablando en general, los políticos tienen cosas mejores que hacer con su tiempo que discutir de teoría constitucional. Pero hay momentos en los que la cuestión de la forma legal se convierte en una cuestión central de la capacidad del sistema constitucional para dictar un cambio fundamental en nombre del pueblo estadounidense.

Y este fue uno de estos momentos.

¿Por qué la Vigesimocuarta Enmienda?

Para preparar el terreno, considérense los orígenes paradójicos de la Vigesimocuarta Enmienda. Empecemos con su principal proponente, el senador Spessard Holland de Florida. Lo lógico sería suponer que el senador que dirigía la carga contra el impuesto de capitación era un firme partidario de Martin Luther King Jr.

Pues sería un error. Holland había sido un segregacionista toda su vida[1]. Firmó el Manifiesto Sureño y votó en contra de las *Civil Rights Acts* de 1957 y 1960[2]. Votaría de nuevo en contra de la *Civil Rights Act* de 1964 e, incluso de un modo más notable, contra la *Voting Rights Act* de 1965. ¿Qué fue lo que le llevó a hacer una excepción y a convencer al Congreso para que propusiera la Vigesimocuarta en 1962?

La NAACP (Asociación Nacional para el Progreso de la Gente de Color) también actuó de forma no característica, argumentando que el gobierno federal ya tenía un poder muy amplio para prohibir impuestos de capitación en las elecciones federales. Temía que una decisión del Congreso de tomar la ruta del Artículo Cinco crease «un precedente inmutable para relegar toda la legislación futura relativa a los derechos civiles al procedimiento de presentación de enmiendas»[3]. Un gran número de grupos progresistas se unieron para denunciar la iniciativa de Holland, entre los cuales se contaban el American Jewish Congress, Americans for Democratic Action, la Anti-Defamation League y los United Automobile Workers[4].

---

[1] Váse Edward Carmines y James Stimson, *Issue Evolution: Race and the Transformation of American Politics*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1989, p. 73.
[2] Véase *Congressional Record*, 102th Congress, 1956, pp. 4515-4516.
[3] «The Twenty-Fourth Amendment», *Congressional Quarterly Almanac*, 1962 p. 405.
[4] «NAACP Against Tax Amendment», *Pittsburgh Courier*, 31 de marzo de 1962, p. 16.

Estas protestas no fueron suficientes para frenar a Holland. Antes de seguir adelante con la micropolítica de la aprobación de la enmienda, hagamos una pausa para considerar la cuestión más general: pese al racismo desinhibido de Holland y a la enérgica oposición de la NAACP, ¿cómo pudieron percibir dos terceras partes del Congreso y la opinión pública en general la Vigesimocuarta como un paso adelante en la lucha en pro del derecho al voto?

Las raíces del New Deal

La respuesta es el *New Deal*. La interpretación popular de la abolición del impuesto de capitación hundía sus raíces en una generación de lucha política y legal que empezó en la década de 1930. Se necesitaría algo más que un estallido de actos de presión de última hora para transformar el arraigado significado público de este esfuerzo de varias décadas de duración.

Los progresistas del *New Deal* enmarcaron su oposición al impuesto de capitación como un problema de clase, no de raza[5]. Desempeñó un papel clave en la gran campaña de Roosevelt para purgar al Partido Demócrata de su liderazgo reaccionario sureño[6]. Cuando los sureños se unieron a los Republicanos para derrotar su plan de la ampliación del número de magistrados del Tribunal en 1937, Roosevelt contraatacó apoyando a los progresistas en liza en las primarias del partido en el Sur durante 1938[7]. La reforma del impuesto de capitación era central en este intento. Se lo explicó a un confidente sureño: «Creo que el Sur está de acuerdo conmigo y contigo. Una dificultad añadida es que las tres cuartas partes *de los blancos* sureño no pueden votar, impuesto de capitación, etcétera» (el subrayado es mío)[8].

Cuando Roosevelt hizo pública su campaña de purga, denunció a los líderes sureños como representantes del impuesto de capitación[9]. Sin embargo, los insurgentes progresistas no consiguieron desbancarles en las primarias, y

---

[5] Véase Manfred Berg, *The Tickets to Freedom: The NAACP and the Struggle for Black Political Integration*, Gainesville (FL), University Press of Florida, 2005, p. 105.

[6] Véase Jerome Mileur, «The "Boss": Franklin Roosevelt, the Democratic Party, and the Reconstitution of American Politics», en Sidney M. Milkis y Jerome M. Mileur (eds.), *The New Deal and the Triumph of Liberalism*, Amherst (MA), University of Massachusetts Press, 2002, pp. 121-124; Kevin McMahon, *Reconsidering Roosevelt on Race: How the Presidency Paved the Road to Brown*, Chicago, Chicago University Press, 2004, pp. 17-18.

[7] Véase William Leuchtenburg, *The White House Looks South*, Baton Rouge (LA), Louisiana State University Press, 2005, pp. 91-98.

[8] Steven Lawson, *Black Ballots: Voting Rights in the South, 1944-1969*, Nueva York, Columbia University Press, 1976, p. 57 (citando la carta de Franklin D. Roosevelt a Aubrey Williams, 28 de marzo de 1938).

[9] Frank Freidel, *FDR, and the South*, Baton Rouge (LA), Louisiana University Press, 1965, p. 99; K. McMahon, *Reconsidering Roosevelt on Race: How the Presidency Paved the Road to Brown*, cit., pp. 17, 120; Sidney Milkis, *The President and the Parties: The Transformation of the American Party System Since the New Deal*, Nueva York, Oxford University Press, 1993, p. 77.

Roosevelt puso pies en polvorosa, negándose públicamente a dar su apoyo a una legislación federal que pudiese «privar a los estados directa o indirectamente de sus derechos para imponer el impuesto de capitación»[10].

Sin embargo, sus arengas contra el impuesto de capitación no fueron olvidadas. Sirvieron para hacer de la abolición del impuesto una prioridad duradera: para que el progresismo tuviese un futuro en el Sur, era esencial que los blancos pobres tuviesen acceso a las urnas. Durante las décadas subsiguientes las campañas progresistas continuaron estado por estado, cosechando un éxito importante[11].

La derogación de los impuestos de capitación contribuyó a romper la barrera de clase, pero su impacto en los negros fue menos espectacular. Tuvo un impacto positivo en las áreas urbanas, donde el racismo era menos intenso[12]. Sin embargo, los funcionarios registradores del voto en el Sur rural se distinguieron por suspender a los negros en las pruebas de alfabetización aunque hubiesen pagado el impuesto[13]. Tal como surgió del *New Deal*, el impuesto de capitación era ante toda una cuestión de clase.

Estamos ahora en condiciones de resolver el enigma de Spessard Holland: ¿por qué iba a aprovechar un racista orgulloso de serlo la oportunidad de presionar a favor de la abolición del impuesto de capitación a comienzos de la década de 1960? El punto de vista de Holland no era una respuesta al movimiento ascendente de los derechos civiles. Tenía su base en sus primeros días como político en Florida. En 1937, cuando la campaña para eliminar el impuesto de capitación estaba en la cresta de la ola, él era un senador estatal[14]. Como un político con futuro, estaba a favor de permitir a los blancos pobres que votasen por el partido de FDR[15]. Cuando a principios de la década de 1960 se produjo una apertura política, el anciano Holland estaba recreando uno de sus primeros

---

[10] S. Lawson, *Black Ballots: Voting Rights in the South, 1944-1969*, cit., p. 57. También se distanció de los intentos locales de abolir el impuesto, calificándolos de «campañas sobre cuestiones estatales» en las que no se sentía personalmente involucrado.

[11] K. McMahon, *Reconsidering Roosevelt on Race: How the Presidency Paved the Road to Brown*, cit., p. 157.

[12] Véase Jerry Hough, *Changing Party Coalitions: The Mystery of the Red State-Blue State Coalition*, Nueva York, Agathon Press, 2006, pp. 131-132.

[13] Véase M. Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*, cit., p. 31; Nicholas Katzenbach, «Toward a More Just America for All», en Thomas Cowger y Sherwin Markman (eds.), *Lyndon Johnson Remembered*, Lanham (MD), Rowman and Littlefield, 2003, p. 130.

[14] Véase Allen Morris, *The Florida Handbook*, Tallahassee (FL), The Peninsula Publishing Co., 1997, p. 172.

[15] A diferencia de los «conservadores obstruccionistas», que «se oponían, en general, a todo lo que representaban Franklin Roosevelt y el *New Deal*», Holland era un «neoconservador» que aceptaba «un papel más amplio del Estado». John Malsberger, *From Obstruction to Moderation: The Transformation of Senate Conservatism, 1938-1952*, Selinsgrove (PA), Susquehanna University Press, 2000, pp. 12-13.

triunfos proponiendo una enmienda a escala federal, pero las sentadas y las Marchas por la Libertad estaban generando entonces una dinámica política muy diferente en la escena nacional.

El legado del *New Deal* también dio forma a la interpretación del asunto que hizo el Tribunal de Warren. Un caso relativo al impuesto de capitación, *Breedlove v. Suttles* llegó al Tribunal Supremo en 1937, en un momento en el que ni siquiera los magistrados más progresistas estaban por la labor de emprender nuevas aventuras en el intervencionismo judicial. Firmaron de forma unánime un dictamen del juez Pierce Butler que desestimaba el desafío de una forma somera[16].

Los ecos del *New Deal* seguían resonando cuando la cuestión del impuesto de capitación volvió al Tribunal durante la década de 1960. *Breedlove* fue uno de los primeros casos en los que Hugo Black ejercía como juez del Tribunal Supremo, y emitió un dictamen categóricamente discrepante cuando *Harper* anuló a *Breedlove* en su gran salto adelante igualitario[17]. Justo cuando Spessard Holland estaba recreando su voto *New Deal* en el senado estatal de Florida, Hugo Black estaba recreando su voto *New Deal* en el Tribunal Supremo de Estados Unidos.

Interregno

La NAACP y otros grupos progresistas respondieron a *Breedlove* dirigiéndose al Congreso. Crearon un grupo de presión específico, el Comité Nacional para la Abolición del Impuesto de Capitación[18], para «evitar la confusión entre su movimiento y la lucha por el derecho al voto de los negros»[19]. Aunque la NAACP era un actor importante, la existencia misma del comité era la prueba de la persistente determinación de definir la cuestión en términos de clase[20].

Al elaborar su estrategia política los abolicionistas también cambiaron su objetivo legislativo. Ya que *Breedlove* había rechazado de manera unánime

---

[16] *Breedlove v. Suttles*, 302 U.S., 1937, p. 277.

[17] *Harper v. Virginia Board of Elections*, 383 U.S., 1966, pp. 663, 670-80 (Black, J., discrepante).

[18] Véase Virginia Foster Durr, *Outside the Magic Circle*, Tuscaloosa (AL), University of Alabama Press, 1990, p. 152.

[19] S. Lawson, *Black Ballots: Voting Rights in the South, 1944-1969*, cit., p. 61; Harvard Sitkoff, *A New Deal for Blacks: The Emergence of Civil Rights as a National Issue*, vol. 1, *The Depression Years*, Nueva York, Oxford University Press, 1978, p. 133.

[20] Aunque formaban parte del comité hasta cincuenta organizaciones diferentes, incluidas la AFL, la CIO y la American Civil Liberties Union, «no había ninguna duda de que la NAACP, en su calidad de mayor y más conocido grupo de defensa de los derechos civiles de los afroamericanos, iba a jugar un papel prominente». M. Berg, *The Tickets to Freedom: The NAACP and the Struggle for Black Political Integration*, cit., pp. 105, 106. El intento organizativo continuó en una variedad de formas hasta la promulgación con éxito de la Vigesimocuarta Enmienda en 1962.

una fundamentación en la Decimocuarta Enmienda para la intervención federal, los reformadores apelaron al Artículo Primero de la Constitución de 1787, que confería al Congreso el poder de controlar la «manera» de llevar a cabo las elecciones federales. Esta nueva referencia textual implicaba una reducción de la problemática legal: dado que el Artículo Primero se refería exclusivamente a las elecciones federales, las iniciativas legales iniciales de los reformadores ignoraron las elecciones estatales. Una vez limitados sus objetivos, pronto estuvieron haciendo progresos reales.

Pearl Harbor proporcionó la apertura. Pese a la resistencia sureña, el Congreso aprobó una ley prohibiendo a los estados imponer impuestos de capitación a los votos por correo de los militares y de las mujeres que luchaban por Estados Unidos[21]. Mirando hacia el periodo de posguerra, Eleanor Roosevelt consideró que esta iniciativa inauguraba una nueva era de intervención federal[22].

Su esposo era más escéptico. Aleccionado por su fallida campaña contra la *polltaxia*, se encontraba «en una delicada cuerda floja», haciendo equilibrios entre su preocupación por el sufragio igualitario y su deseo de mantener el apoyo de los conservadores sureños. Su correspondencia privada deja claro que «una enmienda constitucional [era] la única forma práctica de eliminar la evaluación del impuesto»[23].

El presidente fue el mejor profeta. Mientras que el Partido Demócrata permanecía silencioso respecto al impuesto de capitación, el programa del Partido Republicano de 1944 respaldaba la prohibición en las elecciones federales, pero solo mediante una enmienda, no una ley[24].

Así estaban las cosas en 1946, cundo el recién elegido senador Spessard Holland empezó su larga batalla a favor de la enmienda mediante el Artículo Cinco. La primera iniciativa de Holland fue aprobada en la Cámara, pero fue derrotada por el correspondiente proceso obstruccionista en el Senado[25]. Holland reintrodujo regularmente su medida en cada nuevo Congreso, pero solo consiguió provocar dos obstrucciones más en los doce años siguientes[26].

---

[21] Véase Philip Klinkner y Rogers Smith, *The Unsteady March: The Rise and Decline of Racial Equality in America*, Chicago, University of Chicago Press, 2002, p. 174.
[22] S. Lawson, *Black Ballots: Voting Rights in the South, 1944-1969*, cit., p. 63.
[23] *Ibid.*, p. 76. Roosevelt era más discreto en el trato con su mujer, que creía que «Franklin estaba a favor de «una prohibición del impuesto de capitación, aunque admitía que «nunca debía convertirse en una legislación "obligatoria"», Eleanor Roosevelt, *Autobiography of Eleanor Roosevelt* [1960], Jackson (TN), Da Capo Press, 1992, p. 191.
[24] S. Lawson, *Black Ballots: Voting Rights in the South, 1944-1969*, cit., p. 76.
[25] Frederic Ogden, *The Poll Tax in the South*, Tuscaloosa (AL), University of Alabama Press, 1958, p. 248.
[26] Véase *Congressional Record*, 108th Congress, 1962, pp. 17655 (diputado Celler, resumiendo estos intentos).

Su fallida campaña fue importante a la larga. Consolidó la enmienda del impuesto de capitación en la agenda de la reforma progresistas, pre-empaquetándola para utilizarla cuando las condiciones políticas fuesen favorables. Si bien la importancia simbólica de la enmienda estaba creciendo, su importancia práctica se iba reduciendo. La coalición del *New Deal* fue triunfando poco a poco en su campaña de revocación estado por estado[27]. En 1960 solo cuatro estados del Sur profundo mantenían el impuesto, con Virginia como el quinto resistente[28].

El objetivo del *New Deal* se había conseguido en gran parte: los blancos pobres podían votar y el principal obstáculo al sufragio negro era ahora el uso discriminatorio de las pruebas de alfabetización. Si bien la marea creciente de la opinión pública requería que los senadores del Sur iniciasen una retirada estratégica en defensa de Jim Crow, la enmienda de Holland tenía unos atractivos evidentes: la mayoría de sureños podían sacrificar el impuesto de capitación sin cambiar las realidades políticas domésticas, permitiéndoles concentrar sus energías en una batalla desesperada para salvar las pruebas de alfabetización.

La década de 1960

¡Cuidado con los anacronismos! Aunque el Partido Demócrata se asocia hoy con los derechos de las minorías, esto no era así a comienzos de la década de 1960.

El presidente Kennedy tenía puntos de vista progresistas convencionales en la cuestión de los derechos civiles, pero sus afanes los dirigía hacia otro lado: a la batalla con la Unión Soviética en el exterior y a la búsqueda de prosperidad en el interior mediante la reducción keynesiana de impuestos. Desde este punto de vista, las sentadas y las Marchas de la Libertad constituían un problema político de primera magnitud, que amenazaba con destruir su relación con los presidentes del comité Demócrata del Sur y ponía en peligro su reelección en 1964.

En consecuencia, Kennedy se conformó en gran parte con dar un apoyo retórico a la legislación sobre los derechos civiles. Su discurso sobre el Estado de la Unión en 1962 puso de relieve que «el derecho al voto no debería negarse más […] mediante pruebas de alfabetización e impuestos de capitación». Pero una fuente anónima de la Casa Blanca recordó inmediatamente a los periodistas que el presidente no había hecho ninguna «petición urgente» de una nueva legislación[29].

---

[27] Véase Chandler Davidson y Bernard Grofman, *Quiet Revolution in the South: The Impact of the Voting Rights Act, 1965-1990*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1994, pp. 19-298.
[28] *Ibid.*, p. 276.
[29] *Ibid.*, p. 298-299.

En ese contexto, la continua agitación de Holland a favor de la enmienda del impuesto de capitación era un regalo del cielo. Si el senador por Florida conseguía el apoyo reticente de sus colegas del sur, el gobierno estaría dispuesto a subirse al tren de Holland y reclamar el crédito de una victoria en la cuestión de los derechos civiles que llenaría de alegría a sus partidarios del Norte. Y si la enmienda era ratificada antes de noviembre de 1964, podría incluso ayudar a Kennedy a ganar la reelección al incrementar el voto negro en los estados en los que existía el impuesto de capitación.

Holland estaba en marcha antes de que Kennedy tomase posesión del cargo. Añadió su enmienda a un proyecto de ley más amplio que aprobó el Senado el 2 de febrero de 1960. Era la primera vez que la medida superaba esta barrera crítica, lo cual preparó el terreno para otra confusa ronda de maniobras parlamentarias en la Cámara, que no produjo resultado alguno excepto la promesa de Emanuel Celler, el presidente progresista del Comité Judicial de la Cámara de Representantes, de hacer aprobar en la Cámara más adelante una enmienda separada sobre el impuesto de capitación.[30] Armado con el compromiso de Celler, Holland regresó al Senado para obtener sesenta y siete coproponentes, y tras otra compleja ronda de movimientos parlamentarios la enmienda llegó al hemiciclo, provocando una maniobra dilatoria que duró diez días. Gracias a la pujanza del movimiento en pro de los derechos civiles, los proponentes consiguieron finalmente que se aprobase la iniciativa por setenta y siete votos frente a dieciséis[31]. Durante el regreso del proyecto de ley a la Cámara de Representantes, el diputado Celler demostró ser un hombre de palabra, ya que acometió una serie de iniciativas parlamentarias extraordinarias para superar la resistencia sureña y encaminó la cuestión hasta la votación final, donde obtuvo la mayoría de dos tercios necesaria para enviar la iniciativa a los estados[32].

Estos detalles procedimentales pueden parecer tediosos hoy, pero tenían un significado poderoso para una audiencia del siglo XX. Durante generaciones, los magnates sureños habían sido unos manipuladores magistrales de los procedimientos parlamentarios para acabar con los intentos de conseguir la justicia racial. Ahora eran los progresistas, conducidos por un sureño, los que derrotaban a los sureños en su propio juego.

---

[30] *Ibid.*

[31] Durante los debates, Holland señaló que su preocupación era la discriminación de la riqueza, no la de raza: «La propuesta no cae dentro de la clasificación normal de la legislación ordinaria sobre derechos civiles. Se aplica a las mayorías, a las minorías y a cualquier persona, sea cual sea el color de su piel». *Congressional Record*, Congress 108th, 1962, pp. 2851, 4154. Ocho sureños votaron a favor de la enmienda; solo uno, Ralph W. Yarborough (Texas), era oriundo de un estado con impuesto de capitación. Véase «The Twenty-Fourth Amendment», *Congressional Quarterly Almanac*, cit., p. 404.

[32] *Congressional Record*, 108th Congress, 1962, pp. 2851, 17670. Entre los partidarios había ciento treinta y dos Republicanos y ciento sesenta y tres Demócratas. Quince Republicanos y setenta y un Demócratas votaron no, todos menos uno sureño.

Este no fue el primero de tales triunfos. El líder de la mayoría, Lyndon B. Johnson, había realizado una proeza similar con la aprobación de las *Civil Rights Acts* de 1957 y 1960. Como en esas ocasiones, hubo que pagar un precio muy caro por el éxito[33]. Para vencer la resistencia del Sur, los progresistas tuvieron que diluir su iniciativa y aceptar una prohibición que era de aplicación solo en las elecciones federales, pero no en las estatales. Pero, ¿acaso no fue otro pequeño paso adelante en el camino del progreso?

No, replicaron la NAACP y otros muchos grupos progresistas que se estaban preparando para dar un gran salto adelante en la lucha por los derechos civiles[34]. Clarence Mitchell, de la NAACP, explicó en una sesión de la Cámara que «aceptar el método de eliminación de la enmienda […] sería un mal precedente, ya que el problema constitucional se plantea cada vez que se considera una pieza de la legislación sobre derechos civiles. Una vez hecha esta concesión […] se daría a los partidarios poco entusiastas de los derechos civiles la oportunidad de evitar plantear batalla y a los opositores la oportunidad de bloquear enmiendas en los estados»[35].

Al declarar la guerra al Artículo Cinco, la NAACP y sus aliados no estaban hablando en vano. Como las tres cuartas partes de los estados iban a aprobar seguramente la Vigesimocuarta, el liderazgo de los derechos civiles estaba sacrificando el progreso en el impuesto de capitación por una cuestión de principios: las premisas federalistas del Artículo Cinco ya no eran adecuadas para expresar los compromisos nacionales con la igualdad racial en el centro de la campaña de su movimiento en pro de una Segunda Reconstrucción.

La exhibición de seriedad constitucional del movimiento estaba empezando a llegar a una audiencia más amplia. Cuando la enmienda de Holland se aproximaba a su voto final en el Senado, el Republicano progresista Jacob Javits, de Nueva York, respaldó la sustitución por una ley-hito, que prohibiera los impuestos de capitación, subrayando la preocupación de Mitchell acerca de las devastadoras implicaciones que tenía una enmienda formal para futuros progresos[36]. El senador Paul Douglas,

---

[33] Véase R. A. Caro, *The Years of Lyndon Johnson: Master of the Senate*, cit., pp. 944-989.

[34] Véase Richard Valelly, *The Two Reconstructions*, Chicago (IL), Chicago University Press, 2004, pp. 173-198.

[35] «Abolition of Poll Tax in Federal Elections»: Hearings on H. J. Res., pp. 404, 425, 444, 594, 601, 632, 655, 663, 670, S. J. Res. 29 Before the H. Comm. on the Judiciary, 87th Cong., 1962, p. 28 (declaración de Clarence Mitchell).

[36] Según Javits, «Si el Senado establece el precedente de que un asunto de estas características ha de llevarse a cabo mediante una enmienda constitucional, el mismo argumento podrá utilizarse» en futuros intentos de abolir la prueba de alfabetización. *Congressional Record*, 108th Congress, 1962, p. 4155. Otro Republicano progresista, John Lindsay, se hizo eco de estas preocupaciones en la Cámara, *Congressional Record*, 108th Congress, 1962, p. 8887.

una importante figura del Partido Demócrata, se unió a la condena de la maniobra de Holland calificándola de «trampa» para incautos[37].

El gobierno de Kennedy no se inmutó. El ayudante del Fiscal General Katzenbach refrendó con firmeza el enfoque del Artículo Cinco:

> Aunque pensamos que la reciente tendencia en la toma de decisiones [sugiere] que los tribunales confirmarán esta ley, la cuestión no está libre de dudas. En cualquier caso, como cuestión práctica y en vista del amplio respaldo ofrecido por los muchos proponentes de la Resolución Conjunta del Senado número 58, se pondrá más rápidamente fin al impuesto de capitación mediante una enmienda constitucional que mediante un intento de promulgar y litigar la validez de la ley. Todos sabemos que en general los plazos largos son inherentes a los litigios y esto es particularmente cierto cuando están en juego cuestiones constitucionales importantes. En consecuencia, el Departamento de Justicia respalda la enmienda propuesta como una técnica realista que busca la pronta desaparición del impuesto de capitación[38].

Katzenbach admitía que el Tribunal Supremo podría muy bien invalidar *Breedlove* y confirmar una ley que revocase el impuesto de capitación, pero la política práctica le apartó de la opción legal. Dado el «amplio respaldo» que tenía la iniciativa de Holland, una enmienda de acuerdo con el Artículo Cinco era el único camino «realista» para obtener una victoria rápida. Es más, todo el mundo admitía que si el Congreso seguía el camino reglamentario, Holland optaría por una táctica obstruccionista sureña y que Kennedy no estaba dispuesto a hacer un esfuerzo serio para clausurar el debate[39]. Enfrentado a la elección entre una victoria fácil y una derrota costosa, el gobierno se quedó al margen mientras la iniciativa legal de Javits perdía por cincuenta y nueve votos frente a treinta y cuatro, despejando el camino para la aprobación de la enmienda de Holland[40].

Desde el punto de vista de Holland, la política a corto plazo era igualmente convincente, como el senador dejó claro en su carta a un escandalizado elector segregacionista:

---

[37] Véase Anthony Lewis, «Senate Approves Ban on Poll Tax in Federal Votes; Amendment to Constitution Wins, pp. 77-116 After Defeat of Objection by Russell», *The New York Times*, 28 de marzo de 1962, p. 1.

[38] «Abolition of Poll Tax in Federal Elections»: Hearings on H. J. Res. 404, 425, 444, 594, 601, 632, 655, 663, 670, S. J. Res. 29 Before the H. Comm. on the Judiciary, 87th Cong., 1962, p. 2 (declaración del senador Holland, citando a Nicholas Katzenbach).

[39] Durante los debates de 1965 sobre la *Vote Rights Act*, Holland se unió a sus colegas sureños en su prolongada táctica obstruccionista. Véase la nota 42, infra.

[40] Véase «The Twenty-Fourth Amendment», *Congressional Quarterly Almanac*, cit., p. 405.

> ¿Cómo cree que conseguimos la votación de cincuenta y tres frente a cuarenta y tres contra la clausura del proyecto de ley sobre la alfabetización que creo que finalmente derrotaremos el lunes? Uno de los principales factores era la enmienda del impuesto de capitación a la que usted parece tener una gran aversión, pero que ha permitido a muchos senadores emitir un voto constitucional sobre un asunto relativamente poco importante, lo cual les ofreció una escapatoria en una cuestión mucho más importante como es el proyecto de ley sobre la prueba de la alfabetización.
>
> Resulta realmente decepcionante observar reacciones como las contenidas en su carta, cuando he estado luchando noche y día contra un gobierno y contra una mayoría ultraliberales a fin de preservar los valores más valiosos del sistema estadounidense[41].

La enmienda era política inteligente tanto para Holland como para Katzenbach, pero la moción de Javits puso de relieve el problema a largo plazo, que ambos habían metido bajo la alfombra: si las futuras iniciativas contra Jim Crow eran consignadas a la senda del Artículo Cinco, ni siquiera movilizaciones populares masivas como las lideradas por Martin Luther King Jr. bastarían para contrarrestar los vetos de trece asambleas legislativas sureñas.

En agosto de 1962, cuando el Congreso aprobó la Vigesimocuarta Enmienda y la envió a los estados para su ratificación, tal vez parecía seguro diferir estas cuestiones a un futuro indefinido. En este momento King aún no había dirigido su marcha sobre Washington y Johnson era un vicepresidente sin mucho poder. Mientras el gobierno de Kennedy se esforzaba en ganarse la voluntad de los conservadores sureños y de los progresistas norteños, pocos políticos serios imaginaban lo diferente que parecería el mundo político en solo tres años.

Una sombra cada vez más oscura

Una vez que los votantes dieron mayorías decisivas a Lyndon B. Johnson y a su Congreso progresista en el otoño de 1964, la cuestión del derecho al voto regresó al primer plano y, con ella, el tema simbólicamente cargado del impuesto de capitación. La Vigesimocuarta había obtenido el apoyo de tres cuartas partes de los estados en febrero de 1964, pero los líderes de los derechos civiles no iban a conformarse ya con nada que no fuera la abolición total. Solo acabando con los impuestos de capitación estatales y con

---

[41] Carta de Spessard L. Holland a E. H. Crowson, 12 de mayo de 1962, Spessard Holland Archives, Gainesville (FL), University of Florida.

las pruebas de alfabetización podrían los negros acceder a las urnas y cambiar radicalmente la política del Sur profundo. Previsiblemente, el senador Holland y otros sureños utilizaron la Vigesimocuarta como precedente para denunciar toda iniciativa legal que fuese más allá de las elecciones federales[42]. La cuestión fundamental era si Holland podría separar a los conservadores constitucionales norteños de la coalición de los derechos civiles.

Esta era precisamente la preocupación que había llevado a la NAACP y a los líderes progresistas del Congreso a oponerse a la Vigesimocuarta en 1962. Sus temores se vieron completamente confirmados en 1965, pero no de la forma en que ellos lo habían anticipado. Fue el propio Fiscal General de Lyndon B. Johnson, Nicholas Katzenbach, quien dio respetabilidad a las preocupaciones constitucionales de Holland. Mientras el presidente estaba celebrando el contraataque de los derechos civiles, que contribuyó a su arrolladora victoria sobre Goldwater, su propio Departamento de Justicia estaba creando un *frontlash* [reacción] legalista para bloquear cualquier progreso en la forma de una ley hito[43].

De todos modos, estas fuerzas no pudieron contener el ímpetu generado por la campaña de King por el derecho al voto en las calles de Selma, Alabama. Esta crisis lanzó al presidente Johnson a la acción y le llevó a proponer la revolucionaria *Voting Rights Act* en un famoso discurso ante el Congreso («We Shall Overcome»)[44]. Atrapado entre al contraataque y la reacción, el Congreso avanzaba a tientas tambaleándose y tratando de alcanzar un nuevo equilibrio constitucional. Pero a la hora de la verdad, el Congreso rechazó el precedente establecido por la Vigesimocuarta Enmienda, optando por desplazar conscientemente el Artículo Cinco y propugnando el moderno sistema de producción normativa de carácter superior basado en las leyes-hito y en los superprecedentes.

* * * * *

[42] La perspectiva de una prohibición legal hizo que el senador Holland y sus colegas abogaran por regresar al camino establecido por la Vigesimocuarta Enmienda: «Estoy en el mismo lugar en el que he estado durante todos estos años; a saber, a favor de la eliminación del impuesto de capitación como requisito para votar, pero no por medios inconstitucionales ni abriendo una brecha en la coraza de la Constitución a través de la cual unas mayorías temporales de ambas Cámaras del Congreso podrían considerar deseable votar y/o eliminar otras muchas disposiciones constitucionales», *Congressional Record*, III, 1965, p. 9943. Otros sureños se hicieron eco de la opinión de Holland, *Congressional Record*, III, 1965, p. 10028 (Eastland); *Congressional Record*, III, 1965, p. 10045 (Stennis).

[43] «*Frontlash*» fue un neologismo creado por Johnson; véase N. Kotz, *Judgment Days: Lyndon Baines Johnson, Martin Luther King Jr. and the Laws That Changed America*, cit., p. 198. Debo confesar que yo mismo soy el responsable de la expresión «*legalistic backlash*».

[44] Véase Clayborne Carson, «The Crucible: How Bloody Sunday at the Edmund Pettus Bridge Changed Everything», en Dara Byrne (ed.), *The Unfinished Agenda of the Selma-Montgomery Voting Rights March*, Hoboken (NJ), Wiley & Sons, 2005, p. 27.

Ahora que había obtenido un mandato general de los votantes, ¿convertiría Johnson el derecho al voto en una prioridad para 1965?[45]. King no dio una respuesta clara cuando visitó la Casa Blanca a su regreso de Oslo como ganador del Premio Nobel de la Paz[46]. King exigió un compromiso, pero el presidente se mostró evasivo y sugirió que la legislación de la Gran Sociedad mejoraría más la situación de los negros. King estaba decidido a cambiar la ecuación política: «Subí a la cima de la montaña en Oslo y a la cima de la Casa Blanca, y dos semanas más tarde bajé al valle de Selma, Alabama»[47].

Mientras, Johnson consideraba sus opciones. Poco después de la visita de King le dijo a Katzenbach que «pusiese en marcha la mayor iniciativa legislativa posible» para garantizar el derecho al voto de los negros[48]. Si la legislación efectiva topa con barreras constitucionales, el Departamento de Justicia las superará redactando una enmienda de acuerdo con el Artículo Cinco.

El 28 de diciembre Katzenbach envió un memorándum a Johnson instándole a adoptar el camino del Artículo Cinco y a proponer una ambiciosa enmienda. El anteproyecto del Departamento no solo tapaba el agujero del impuesto de capitación dejado por la Vigesimocuarta Enmienda, sino que creaba un fundamento totalmente nuevo para el derecho al voto. La Constitución difícilmente podía garantizar a los estadounidenses el derecho a votar y lo dejaba a los estados, siempre que estos no procediesen a discriminaciones de raza o género. La propuesta del Departamento de Justicia, en cambio, cambiaba la línea base. Eliminaba los impuestos de capitación y las pruebas de alfabetización y prohibía el uso de otros mecanismos excluyentes, dejando intactas solamente unas cuantas excepciones relativamente no polémicas[49].

---

[45] Tras firmar la *Civil Rights Act* de 1964, Johnson anunció «inmediatamente» su intención de promover una ley del derecho al voto, aunque se mostró impreciso en la agenda. Garth Pauley, *LBJ's American Promise: The 1965 Voting Rights Address*, College Station (TX), Texas A&M University Press, 2007, p. 74. Según Eric Goldman, un consejero presidencial, Johnson dio sus instrucciones «a mediados de 1964», pero «mantuvo al margen de ello a la prensa» para no ayudar a Goldwater en el Sur. Véase Eric F. Goldman, *The Tragedy of Lyndon Johnson*, Nueva York, Alfred Knopf Inc., 1969, p. 318.

[46] Véase Ronald Walters, *Freedom Is Not Enough: Black Voters, Black Candidates and American Presidential Politics*, Lanham (MD), Rowman and Littlefield, 2005, p. 15.

[47] Véase Martin Luther King Jr., *The Autobiography of Martin Luther King Jr.,* Nueva York, Intellectual Properties Management & Warner Books, 1998, pp. 270-271.

[48] G. Pauley, *LBJ's American Promise: The 1965 Voting Rights Address*, cit., p. 76.

[49] Estas eran las disposiciones clave del anteproyecto del Departamento de Justicia:

> Sección 1. El derecho de los ciudadanos estadounidenses a votar no será negado ni coartado por Estados Unidos ni por ningún estado por ninguna causa excepto (1) el no cumplimiento de los requisitos de residencia no superior a sesenta días o los requisitos de edad mínimos impuestos por la ley estatal; (2) la condena por un delito grave sin que se haya concedido perdón o amnistía del mismo; (3) la incapacidad mental declarada por un tribunal competente; o (4) la reclusión derivada de un juicio o de una orden judicial en el momento del registro o de las elecciones. Sección 2. El Congreso tendrá la potestad de hacer cumplir este Artículo con la legislación apropiada.

Había un problema obvio: la abrumadora carrera de obstáculos impuesta por el Artículo Cinco. Katzenbach no era nada optimista:

> Es difícil estimar el alcance de la oposición a este tipo de enmienda constitucional. Además de la resistencia del Sur, puede haber oposición de fuentes genuinamente preocupadas por la interferencia federal en asuntos tradicionalmente dejados a los estados. Una alternativa posible –seguir el precedente de la enmienda al impuesto de capitación y limitar el alcance de la nueva enmienda a las elecciones federales– tendería a reducir la magnitud de la oposición, pero también afectaría a la efectividad de la medida[50].

Nótese la respuesta legalista del Departamento de Justicia al problema político de Johnson: si la oposición a su propuesta Vigesimoquinta Enmienda se intensificaba mucho, la mejor estrategia *no* era abandonar el sistema clásico de enmiendas, sino, por el contrario, mantenerse en la senda del Artículo Cinco y dividir a la oposición entre intransigentes sureños y conservadores serios «genuinamente» preocupados por los derechos de los estados. El recurso apropiado era reducir el alcance de la enmienda para incluir solamente las elecciones federales. Si esto había funcionado con la Vigesimocuarta, ¿por qué no iba a hacerlo con la Vigesimoquinta?

Aunque Katzenbach era claramente partidario de una enmienda formal, su memorándum exploraba otras alternativas. La opción dos implicaba «una legislación que confiriese a una comisión federal la potestad de establecer el registro para las elecciones federales»[51]. Dado que esta ley no tenía como objetivo las elecciones estatales, recibió el visto bueno, pero Katzenbach «tenía más dudas» respecto a una ley que «asumiese el control directo del registro para votar en unas elecciones federales y en unas estatales en cualquier área en la que el porcentaje de población negra potencialmente registrable efectivamente registrada fuese muy bajo». Dejó esto para el final. Era tanto constitucionalmente discutible como políticamente problemático: «una propuesta bastante parecida» había sido rechazada por los Republicanos moderados en 1963[52].

Johnson elegiría finalmente la opción tres, incluyéndola en la *Voting Rights Act,* que propuso en una alocución especial al Congreso el 15 de marzo. Pero un par de meses es una eternidad en política, y a comienzos de enero el gobierno vacilaba entre la primera opción y la segunda[53]. Cuando el

---

Dept. of Justice Memorandum (sin firma), «Constitutional Amendment», 18 de enero de 1965, Lyndon B. Johnson Library Archives.

[50] Memorándum de Nicholas Katzenbach a Lyndon Johnson, 28 de diciembre de 1964, Lyndon B. Johnson Library Archives, Lee White Files. Box 3.

[51] *Ibid.*

[52] *Ibid.*

[53] G. Pauley, *LBJ's American Promise: The 1965 Voting Rights Address*, cit., p. 76.

presidente pronunció su discurso sobre el estado de la Unión el 4 de enero, anunció que sometería una propuesta detallada sobre el derecho al voto «en un plazo de seis semanas»[54]. Al mismo tiempo, su portavoz Bill Moyers señaló que el gobierno todavía no había tomado una decisión final entre una enmienda y una ley.[55] Más exactamente, el memorándum de Katzenbach sugiere que en aquel momento las opciones reales eran una enmienda que acabase decisivamente «con la manipulación racialmente discriminatoria» tanto en las elecciones federales como en las estatales y una ley, que se limitase al registro de los negros en las elecciones federales. ¿A qué se debía el rápido cambio a la opción tres en los próximos dos meses?

A la campaña por el derecho al voto en Selma. A comienzos de enero King estaba llamando la atención de los medios de comunicación de la nación y obteniendo apoyo público para un avance decisivo en el Congreso. En una conversación telefónica del 15 de enero, King apeló al instinto político de Johnson señalando que el presidente no había conseguido ganar en aquellos estados sureños en los que «menos del 40 por 100 de los negros se había registrado para votar». Instó a Johnson a formar «una coalición del voto negro y el voto popular blanco que ayudase realmente a construir un nuevo Sur».

«Esto es muy cierto», dijo Johnson. «Creo que es muy importante que […] adoptemos la posición de que cada persona nacida en este país, cuando llegue a cierta edad, tenga [*sic*] derecho a votar, del mismo modo que tiene derecho a luchar»[56]. Tres semanas más tarde, King voló desde Selma a Washington para celebrar una reunión «muy fructífera» con el presidente, tras la cual elogió el «profundo compromiso» que tenía Johnson con el derecho al voto[57].

Pero el Departamento de Justicia era un poco más lento. El 18 de enero –la fecha de la primera marcha de Selma– Katzenbach prometió al presidente que tendría un borrador de la ley en menos de una semana[58]. Pero no lo tuvo. A medida que pasaban los días, una ley limitada a las elecciones federales (opción dos) parecía una respuesta cada vez más inadecuada a la creciente demanda pública de una acción decisiva. Pero el Departamento de Justicia seguía debatiéndose en sus dudas constitucionales acerca de una ley más amplia (opción tres). Con los líderes de los derechos civiles y los congresistas

---

[54] G. Pauley, *The Modern Presidency and Civil Rights: Rhetoric on Race from Roosevelt to Nixon*, College Station (TX), Texas A&M University Press, 2001, p. 174.
[55] G. Pauley, *LBJ's American Promise: The 1965 Voting Rights Address*, cit., p. 77.
[56] Transcripción de la conversación telefónica entre Lyndon B. Johnson y Martin Luther King Jr., 15 de enero de 1965. Lyndon B. Johnson Library Archives Nº 1803, WH6501.04.
[57] Véase David Garrow, *Bearing the Cross: Martin Luther King Jr. and the Southern Christian Leadership Conference*, Nueva York, Harper Collins, 2004, p. 388.
[58] G. Pauley, *LBJ's American Promise: The 1965 Voting Rights Address*, cit., p. 77.

progresistas haciendo presión a favor de un avance legislativo[59], el ayudante del Fiscal, Ramsey Clark, le dijo a Johnson a mediados de febrero «que una enmienda constitucional no sería un enfoque satisfactorio»[60].

El Departamento de Justicia siguió trabajando durante un mes de actividad frenética, sometiendo su borrador del proyecto de ley al Congreso el 18 de marzo[61]. La propuesta del gobierno apuntó a los peores estados del Sur para darles un trato extraordinario: suspender las pruebas de alfabetización y autorizar a los funcionarios de los registros federales a intervenir y registrar a los negros para una plena participación en las elecciones, tanto estatales como federales[62]. Aún más notable, la ley despojaba a los estados infractores de toda pretensión de soberanía. Ya no podrían cambiar las reglas relativas a sus propios sistemas electorales. Se les ordenaba buscar la aprobación previa de un equipo de jueces federales antes de que cualquier cambio en sus leyes electorales pudiese entrar en vigor. No se había visto ningún ataque tan directo al federalismo desde los días de la Reconstrucción.

Comparada con los requisitos para la aprobación previa y con la perspectiva de una invasión de los registros federales, la prohibición de los impuestos de capitación estatales propuesta por la ley parecía algo insignificante. Sin embargo, la Vigesimocuarta Enmienda convirtió la polémica sobre el impuesto de capitación en una gran *cause célèbre* en los meses siguientes.

«We shall overcome»

La campaña de Selma alcanzó su punto culminante el día 7 de marzo de 1965 (el «Domingo Sangriento»), cuando una marcha pacífica fue disuelta por un despliegue brutal de violencia policial en el puente de Edmund Pettus[63].

---

[59] Véase S. Lawson, *Black Ballots: Voting Rights in the South, 1944-1969*, cit., p. 309; Denton Watson, *Lion in the Lobby: Clarence Mitchell, Jr.'s Struggle for the Passage of Civil Rights Laws*, Lanham, (MD), University Press of America, 2002, p. 662.

[60] Memorándum (sin firmar) a Lyndon B. Johnson, Reports on Legislation, 15 de febrero de 1965; David Garrow, *Protest at Selma: Martin Luther King Jr. and the Voting Rights Act of 1965*, New Haven (CT), Yale University Press, 1978, p. 60; G. Pauley, *LBJ's American Promise: The 1965 Voting Rights Address*, cit., p. 78 (citando una carta de Ramsey Clark, Fiscal General, a Lawrence O'Brien, Postmaster Gen., 15 de febrero de 1965).

[61] Véase Brian Landsberg, *Free at Last to Vote: The Alabama Origins of the 1965 Voting Rights Act*, Lawrence (KS), University Press of Kansas, 2007, p. 158. El 4 de marzo de 1965, Lee White estaba escribiendo un memorándum a Lyndon B. Johnson dándole «Notas para la reunión con el Dr. King el 5 de marzo», donde afirma que «hay un acuerdo general en que el enfoque de la enmienda constitucional requeriría demasiado tiempo y por ello nos hemos concentrado en una ley», Memorándum de Lee C. White a Lyndon B. Johnson, 4 de marzo de 1965, Lyndon Johnson Library Archives, LE/HU 2-7, F6155-18.

[62] S. 1564, 111th Cong. (1965) (presentada por Mr. Mansfield, 18 de marzo de 1965).

[63] Véase Janus Adams, *Freedom Days: 365 Inspired Moments in Civil Rights History*, Nueva York, Wiley & Sons, 1998, 7 de marzo de 1965; G. Garrow, *Protest at Selma: Martin Luther King Jr. and the Voting Rights Act of 1965*, cit., pp. 73-77.

Durante el siglo anterior se habían perpetrado actos mucho peores, pero verlos por televisión cambió la percepción de la gente y transformó aquellas terribles escenas en un espantoso símbolo que impresionó a los televidentes de toda la nación[64]. La indignada respuesta fue abrumadora, pero Lyndon B. Johnson no estaba en condiciones de responder con un pronunciamiento público directo. Su Departamento de Justicia seguía trabajando activamente en la arquitectura revolucionaria de la *Voting Rights Act*, y el presidente no podía presentarse sin una propuesta seria[65].

Una semana más tarde corría el riesgo de perder la iniciativa política. Cuando dio a conocer sus planes de pronunciar un discurso especial en el Congreso, el *Christian Science Monitor* explicó que «estaba tratando desesperadamente de ponerse un paso por delante de la indignación nacional por la crisis de los derechos civiles en Selma»[66]. El 15 de marzo, cuando el presidente circulaba por la Pennsylvannia Avenue en dirección al Capitolio, el Departamento de Justicia todavía se estaba quemando las cejas. Aunque había prometido a los líderes del Congreso que tendrían el borrador de la ley antes de su discurso, el Departamento de Justicia solo presentó una propuesta formal un par de días más tarde, e incluso entonces se reservó el derecho a seguir retocando el texto[67].

Todo esto era completamente irrelevante para los 70 millones de estadounidenses que encendieron el televisor para escuchar el diagnóstico que hacía el presidente de la crisis en curso:

> Lo sucedido en Selma es parte de un movimiento mucho más amplio que llega a cada rincón ya cada estado de Estados Unidos. Es el esfuerzo de los negros estadounidenses por asegurarse la participación total en la vida estadounidense.
>
> Su causa tiene que ser nuestra causa. Porque no son solo los negros, sino todos nosotros los que hemos de superar un atroz legado de intolerancia e injusticia.

---

[64] Poco después de las 9 de la noche del Domingo Sangriento, la cadena ABC interrumpió la emisión de la película *Judgment at Nuremberg* [¿Vencedores o vencidos?] «para pasar un largo reportaje del ataque en la Highway 80, una secuencia en la que se veía claramente la primera línea de la manifestación, la acción de las porras, la estampida de los caballos, el abucheo de la multitud y cómo huían los negros heridos», G. Garrow, *Protest at Selma: Martin Luther King Jr. and the Voting Rights Act of 1965*, cit., p. 78. La historia también fue primera plana en casi todos los periódicos importantes, acompañada de unas fotos espeluznantes. Véase Leon Daniel, «Tear Gas, Clubs Halt 600 in Selma March», *The Washington Post*, 8 de marzo de 1965: Roy Reed, «Alabama Police Use Gas and Clubs to Rout Negroes», *The New York Times*, 8 de marzo de 1965.

[65] El 16 de marzo de 1965 los periodistas preguntaron a George Reedy en la Casa Blanca en qué estado se encontraba la propuesta de la Administración respecto al derecho al voto, y esta fue la respuesta que recibieron: «Todavía está en trámite», G. Garrow, *Protest at Selma: Martin Luther King Jr. and the Voting Rights Act of 1965*, cit., p. 82.

[66] G. Pauley, *LBJ's American Promise: The 1965 Voting Rights Address*, cit., p. 77.

[67] B. Landsberg, *Free at Last to Vote: The Alabama Origins of the 1965 Voting Rights Act*, cit., p. 161 (que constata la continua corrección por parte del Departamento de Justicia).

> Y venceremos.
>
> Como hombre con raíces profundas en el Sur sé lo angustiosos que son los sentimientos raciales. Sé lo difícil que es cambiar las actitudes y la estructura de nuestra sociedad.
>
> Pero ha pasado un siglo, más de cien años, desde que los negros fueron liberados. Y hoy todavía no son completamente libres. Hace más de cien años que Abraham Lincoln, un gran presidente de otro partido, firmó la Proclamación de la Emancipación, pero la emancipación sigue siendo una proclamación y no un hecho.
>
> Ha pasado un siglo desde el día de la promesa. Y la promesa sigue sin cumplirse.
>
> Ha llegado la hora de la justicia[68].

Estas grandes palabras anclaban el significado de la crisis en el pasado constitucional, pero no por medio del relato estándar habitual entre los juristas. Cuando dirigían la mirada hacia la Reconstrucción sus ojos buscaban los textos de la Decimotercera, Decimocuarta y Decimoquinta Enmiendas, pero cuando Johnson dirigía la mirada hacia el pasado, la figura clave era Abraham Lincoln y su Proclamación de la Emancipación.

Como sabe cualquier jurista, la Proclamación no consiguió garantizar la igualdad civil para los negros, ni mucho menos su derecho al voto; es incluso dudoso que Lincoln tuviese la autoridad constitucional para emitir su edicto[69]. Pero estas sutilezas legalistas no eran importantes para la audiencia de Johnson. Para ellos, Lincoln era el Gran Libertador y Johnson se limitaba a seguir sus pasos. La forma de avanzar era mediante un compromiso colectivo con el movimiento de los derechos civiles: comprenderlo como algo más que únicamente el producto de manifestantes sureños o de estadounidenses negros, porque «realmente somos todos nosotros los que hemos de superar un atroz legado de intolerancia e injusticia». El «nosotros» de «Venceremos» se estaba convirtiendo en el de «Nosotros, el Pueblo de Estados Unidos».

Esta llamada a la soberanía popular llevó al presidente a pedir al Congreso que «trabaje conmigo las horas que haga falta –noches y fines de semana si es necesario– para aprobar este proyecto de ley». Si bien aceptaba sugerencias «para reforzar este proyecto de ley» insistía en que «esta vez, sobre este tema, no puede haber dilaciones, ni vacilaciones, ni soluciones de compromiso con nuestro objetivo».

---

[68] Véase Lyndon B. Johnson, «Special Message to Congress: The American Promise», 15 de marzo de 1965, en www.lbjlibrary.net/collections/selected-speeches/1965/03-15-1965.html.

[69] Véase B. Ackerman, *We the People: Transformations*, vol. 2, cit., pp. 31-33.

Pero cuando el gobierno sometió su proyecto de ley un par de días más tarde sí hubo «vacilaciones» y «compromisos» respecto a una cuestión importante: el Departamento de Justicia andaba con miramientos en lo relativo al impuesto de capitación. Aunque su propuesta suspendía las pruebas de alfabetización y «otras pruebas y dispositivos»[70], simplemente introducía un mecanismo institucional que facilitaba a los negros el pago del impuesto de capitación[71]. La Vigesimocuarta Enmienda proyectaba una sombra muy larga.

Esto se puso de manifiesto en la primera ronda de sesiones de la Cámara de Representantes:

> Presidente de la Cámara de Representantes: Como usted sabe, tenemos una enmienda constitucional a favor de la abolición del pago de los impuestos de capitación como condición precedente en las elecciones federales. ¿Cree usted que deberían abolirse los impuestos de capitación incluso en las elecciones estatales […]?
>
> Mr. Katzenbach: Sí, a mí me gustaría eliminar los impuestos de capitación.
>
> Presidente: ¿Podemos eliminarlos por medio de una ley y sin una enmienda constitucional?
>
> Mr. Katzenbach: Creo que es muy difícil, señor Presidente, hacerlo mediante una ley. En este momento está pendiente en el Tribunal Supremo un caso sobre el cual emitirá un dictamen en su próxima sesión y puede que se resuelva esta cuestión. Es posible argumentar, basándose en la Constitución, que un impuesto de capitación como condición previa al voto es una restricción contra el voto que no está justificada por la misma, tanto si se aplica discriminatoriamente como si no. Este argumento se ha presentado al Tribunal. Naturalmente, si el Tribunal llega a esta misma conclusión, como creo que hará, los impuestos de capitación tendrán que ser eliminados en las elecciones estatales[72].

El Congreso, en suma, se buscaría un problema si trataba de abolir el impuesto de capitación. Lo que tenía que hacer era simplemente quedarse al margen y dejar que el Tribunal Supremo decidiese si invalidaba la decisión tomada en el caso *Breedlove*. Según Katzenbach, la prueba de alfabetización había desplazado al impuesto de capacitación como obstáculo crucial: «Los negros que no puedan registrarse, porque no han pasado

---

[70] S. 1564, 89th Cong. §§ 3(a) y (c) (primera sesión 1965).

[71] El proyecto de ley autorizaba a los inspectores federales a aceptar el pago del impuesto de capitación y requería a las autoridades estatales a reconocer que los correspondientes recibos habilitaban a sus destinatarios para participar en cualquier elección que se celebrase durante el año en que se había efectuado el pago. S. 1564, § 5. Véase «Voting Rights: Hearings on H. R. 6400 Before the H. Comm. On the Judiciary», 89th Cong., 1965.

[72] *Ibid.*, 1965, p.22.

esta u otra prueba no tendrán ningún incentivo para pagar su impuesto de capitación»[73]. Aunque la Comisión de Derechos Civiles había considerado que los impuestos de capitación también desempeñaban un papel excluyente, Katzenbach sostenía que los datos que manejaba la Comisión eran muy pobres para respaldar una prohibición legal[74].

Los progresistas no se dejaron impresionar. Con Emanuel Celler y Ted Kennedy a la cabeza, los comités judiciales de ambas cámaras añadieron una prohibición incondicional del impuesto de capitación en sus propuestas[75]. Pero estas medidas solo sirvieron para desencadenar un complejo proceso de toma y daca.

El gran avance

El proyecto de ley del comité topó con una dificultad cuando los Demócratas sureños pusieron en marcha su previsible estrategia obstruccionista. Durante más de un mes, mientras se desplegaba esta, los líderes del Partido Demócrata y del Partido Republicano del Senado –Mike Mansfield y Everett Dirksen– se pusieron a trabajar en una solución de compromiso, que pudiera obtener la mayoría de dos tercios necesarios para llegar a un pacto. Como parte del trato, eliminaron el impuesto de capitación de su proyecto de ley[76].

Al pedirle que explicase esta flagrante omisión, Dirksen dijo que Katzenbach había puesto de relieve «los riesgos constitucionales [que comportaba] la adopción de la enmienda de Kennedy. El Fiscal General dice que el enfoque constitucional –como el adoptado por el senador de Florida [Holland]– es

---

[73] *Ibid.*

[74] Véase «Hearings Before the S. Comm. on the Judiciary, 89th Cong., 1965, pp. 148-149. Katzenbach: «Porque yo tengo reservas respecto a si [una prohibición legal basada en el efecto discriminador del impuesto de capitación] sería constitucionalmente sólida, Senador […]. Creo que las cifras obtenidas como las deriva la Comisión de Derechos Civiles podrían ser fácilmente cuestionadas», véase, «U.S. Comm. on Civil Rights, *Freedom to the Free: Century of Emancipation, 1863-1963*, 1963.

[75] El senador Kennedy insistió en que la prohibición legal «funcionaría rápidamente, mientras que [los sustitutos propuestos] no lo harían tanto. La nuestra expresa claramente la política del Congreso en esta área, mientras que las otras dejan su implementación política a los tribunales». *Congressional Record*, III, 1965, p. 9913. Emanuel Celler, inaugurando el debate en la Cámara, declaró que el proyecto de ley del comité había construido un sistema que era «inmune a toda forma de evasión o de artimaña legal». «Voting Rights Act of 1965», *Congressional Quarterly Almanac*, 1965, pp. 540, 560. El diputado Farber dio más detalles declarando que «la constitucionalidad de la sección 10 [que prohíbe el impuesto de capitación] ha sido, y volverá a ser, víctima de ataques de aquellos de entre nosotros que constantemente advierten: "¡Despacio!, ¡cuidado!, ¡espera!". Yo creo que ya hemos esperado demasiado», *Congressional Record*, III, 1965, p. 15717.

[76] Véase N. Kotz, *Judgment Days: Lyndon Baines Johnson, Martin Luther King Jr., and the Laws That Changed America*, cit., pp. 328-329.

el enfoque adecuado»[77]. Si bien Dirksen y Katzenbach estaban decididos a respetar el precedente establecido por la Vigesimocuarta, admitían que una respuesta consistente en no hacer nada debilitaba la insistencia de Johnson de que «no tiene que haber soluciones de compromiso» a la hora de satisfacer la demanda de King de la eliminación de *todos* los obstáculos para la plena participación política en el Sur.

Atrapado entre el constitucionalismo conservador y la presión del movimiento, había una sola salida: la creatividad legal. Katzenbach proporcionó a Mansfield y a Dirksen una salida a su dilema que no tenía precedentes, una salida que preservaba los escrúpulos constitucionales del Departamento de Justicia contra una prohibición legal, al mismo tiempo que permitía al Congreso adoptar una postura clara en contra del impuesto[78].

Para entender su lógica característica, recordemos la presentación inicial de Katzenbach ante el Comité Judicial de la Cámara de Representantes, cuando afirmó que los datos sobre el impacto discriminatorio del impuesto de capitación eran demasiado pobres para respaldar una prohibición legal. Pero las dudas del Departamento de Justicia se convirtieron ahora en el trampolín de una especie de jiu-jitsu legal. Katzenbach proporcionó a Dirksen y a Mansfield una nueva disposición que permitía al Congreso ejercer una nueva forma de liderazgo constitucional:

> Sec. 9 (a) *En vista de las pruebas presentadas al Congreso* de que el derecho constitucional a votar de los ciudadanos de Estados Unidos es negado o restringido en determinados estados por el requisito del pago de un impuesto de capitación como condición para poder votar, *el Congreso declara* que el derecho constitucional a votar de los ciudadanos de Estados Unidos es negado o restringido en determinados estados por el requisito del pago de un impuesto de capitación como condición para poder votar. Para garantizar que este derecho no sea negado o restringido en violación de la Constitución, el Fiscal General iniciará inmediatamente en dichos estados [...] acciones encaminadas a dictar sentencias declaratorias o a ordenar medidas cautelares contra la obligación del pago de ningún impuesto de capitación[79].

La Sección 9 propone una dinámica institucional característica para la revisión constitucional, con el Congreso anunciando unas conclusiones constitucionales agresivas sobre la base de unos datos pobres, y el Tribunal utilizando estas conclusiones para invalidar sus bien establecidos

[77] *Congressional Record*, III, 1965, p. 10078.
[78] Véase B. Landsberg, *Free at Last to Vote: The Alabama Origins of the 1965 Voting Rights Act*, cit., p. 185.
[79] *Congressional Record*, III, 1965, pp. 10073, 10866 (las cursivas son mías).

precedentes. Este modelo «colaborativo» no tiene precedentes en nuestra historia y en el capítulo 6 comentaré la importancia que creo que ello tiene[80]. Pero todavía no hemos llegado al final de la historia.

Contraataque progresista

La pirotecnia legal de Katzenbach contribuyó a ganar los votos Republicanos necesarios para frenar el proceso obsturccionista, pero los progresistas del Senado pasaron rápidamente al contraataque. El senador Clifford Case ridiculizó la maniobra del Departamento de Justicia preguntando a Jacob Javits si «en sus muchos años de experiencia como jurista [había visto] alguna vez un animal tan raro como el que iba a establecer la denominada enmienda de sustitución […]. ¿Había visto algo parecido en sus muchos años de experiencia?»

La respuesta de Javits fue la siguiente: «La disposición sobre el impuesto de capitación de Mansfield-Dirksen es una *rara avis*, ciertamente. Le diremos al Fiscal General: "Hemos escuchado algunas pruebas, pero lamentamos no haber podido decidirnos. Así que, señor Fiscal General, dígale por favor al Tribunal que decida por nosotros"»[81].

Javits estaba exagerando, ya que la disposición «declara» realmente que «el derecho constitucional de los ciudadanos» ha sido «negado o restringido» por «el pago de un impuesto de capitación». Sin embargo, tenía razón cuando subrayaba que el Congreso se estaba pronunciando de una forma característica, emitiendo un juicio constitucional sin proceder de la manera ordinaria, legislando en contra de la práctica. En su opinión, este intento de hablar con una voz puramente constitucional no tenía sentido, porque el Fiscal General podía obviamente «ir al Tribunal» y presentar sus argumentos legales sin necesidad de reforzarlos con una ley.

Javits no lo había entendido. El Congreso estaba instando al Tribunal Supremo a cambiar radicalmente la ley con un nuevo «superprecedente», para utilizar una expresión que hoy es habitual pero que entonces era desconocida. El mandato especial de la ley al Fiscal General era una manera de expresar la importancia que concedía a esta nueva forma de colaboración entre el Congreso y el Tribunal Supremo. Desde esta perspectiva, Javits y sus compañeros progresistas eran tradicionalistas legales decididos a condenar a la *rara avis* del Departamento de Justicia a la extinción inmediata.

---

[80] El Departamento de Justicia no citó ningún precedente, afirmando simplemente que la disposición representaba «la forma más segura, rápida y eficaz de eliminar el impuesto de capitación». Memorándum del Fiscal General Nicholas Katzenbach al presidente Lyndon B. Johnson, «Reasons Why the Department of Justice Has Favored the Mansfield-Dirksen Approach to Elimination of the Poll Tax», 21 de mayo de 1965.

[81] *Congressional Record*, III, 1965, p. 9926.

Esta era una cuestión en la que un sureño racista como Strom Thurmond podía estar de acuerdo con sus antagonistas progresistas: «Instar al Fiscal General a cuestionar la constitucionalidad de una ley estatal concreta establecería un precedente que muy bien podríamos lamentar en el futuro»[82]. Había solo una forma de que el Congreso pudiese hablar con una voz constitucional, añadió el senador Holland, y era mediante la propuesta de una enmienda constitucional[83].

Pero Javits ya había tenido suficientes consejos de Holland. Pidió a sus compañeros progresistas que «aprendieran la lección»: «Tras ser llevados a la senda de la [Vigesimocuarta] Enmienda, ha llegado el momento de que tengamos el coraje de hacer frente a nuestras responsabilidades y de que, ahora, eliminemos por fin absolutamente y de raíz el impuesto de capitación»[84].

El senador Kennedy se unió al coro invocando el discurso de Johnson «We Shall Overcome». Sin una prohibición legal clara, explicó, no había forma de garantizar que los negros estuviesen en condiciones de votar contra los George Wallace del mundo ni de impedir futuras tragedias en Selma[85].

Todas estas protestas fueron inútiles. La enmienda Kennedy perdió por 45 votos a 41, y la «tercera vía» no convencional de Katzenbach a través de una enmienda constitucional y una prohibición legal, llegó al Senado[86].

Mientras…

Mientras, Emanuel Celler, presidente del Comité Judicial de la Cámara de Representantes estaba considerando un sustitutivo republicano que no contenía la prohibición del impuesto de capitación[87]. Se negaba a establecer compromisos en esta cuestión de principio, lo que llevó a King a telefonear al presidente para presionarle y pedirle que considerase «qué podemos hacer para frenar realmente [la alternativa republicana][88].

Johnson respondió redefiniendo la cuestión. Le dijo a King que tanto Celler como sus antagonistas en la Cámara se equivocaban y que King tendría en cambio que apoyar el compromiso en el Senado de Katzenbach. Si la enmienda de Celler era aprobada, advirtió, podría hacer enojar tanto

---

[82] *Ibid.*, p. 11013 (Thurmond).
[83] *Ibid.*, pp. 9939, 9943 (Holland).
[84] *Ibid.*, p. 9924.
[85] *Ibid.*, p. 9913.
[86] «Voting Rights Act of 1965», *Congressional Quarterly Almanac*, 1965, p. 545; *Congressional Record*, III, 1965, pp. 10073, 11018.
[87] «Voting Rights Act of 1965», *Congressional Quarterly Almanac*, 1965, p. 545; *Congressional Record*, III, 1965, pp. 10073, 16038.
[88] Transcripción de la conversación telefónica entre Lyndon B. Johnson y Martin Luther King Jr., 7 de julio de 1965, LBJ Library, Citation Nº 8311, Tape WH6507.02, Recordings of Telephone Conversations –White House Series, Recordings and Transcripts of Conversations and Meetings.

a los tribunales como para que invalidasen la ley». También dejó claro que las preocupaciones legalistas de Katzenbach eran decisivas. Aunque los líderes de los derechos civiles «no tuviesen mucha confianza en el Fiscal General», continuó, «tendrán problemas de todos modos porque él es el hombre en el que hemos de tratar de confiar para que nos ayude [...]. Ahora bien, si me pedís consejo, os diré que o bien confiáis en mí y en Katzenbach o elegís algún otro líder que tengáis y hacéis lo que os diga»[89].

El mensaje de Johnson no podía ser más claro: «O lo tomas o lo dejas». En vez de anticiparse a Katzenbach, el presidente instó a King a que mirase hacia adelante, al momento crítico en el que el comité de coordinación entre la Cámara de Representantes y el Senado tratase de conciliar las posiciones enfrentadas de las dos cámaras. Juntos podrían derrotar a los «inteligentes parlamentarios» del Sur en su propio juego[90].

> Luego conferenciamos. Supongamos que los tenemos a todos en una habitación y que vosotros vais y habláis con ellos, y que ellos hablan entre sí y dicen: «Por favor, llegad a un acuerdo, queremos seguir al Fiscal General» [...]. Si podéis confiar en mí, si podéis confiar en el Fiscal General [...] emplearé hasta mi último gramo de energía y de habilidad para que se apruebe el proyecto de ley más efectivo que pueda redactarse»[91].

La pelota estaba en el tejado de King: ¿respaldaría a Celler y a sus aliados progresistas o daría su apoyo a Katzenbach y a los constitucionalistas creativos del Departamento de Justicia?

El compromiso Katzenbach-King

El momento de la verdad de King no tardaría mucho en llegar. El presidente Celler preservó su prohibición del impuesto de capitación en la Cámara de Representantes por doscientos quince votos frente a ciento sesenta y seis[92]. Luego llevó una delegación progresista a la conferencia en un intento de acabar con el compromiso de Katzenbach. Todo dependía de la delegación del Senado. El presidente del comité judicial, James Eastland, de Misisipi, había traído con él a su colega segregacionista Russell Long, lo que dejaba espacio a solo dos Demócratas progresistas, Thomas Dodd y Philip Hart. Los dos puestos restantes fueron para el líder de la minoría, Dirksen, y para

---

[89] *Ibid.*
[90] Johnson: «Así que si derrotamos a McCulloch [...] todavía tendremos un proyecto de ley en el Senado y otro en la Cámara, y esto es lo que los parlamentarios inteligentes del Sur quieren que hagamos. Quieren que la esposa vaya en una dirección y el esposo en otra, y que los hijos no sepan a quién seguir», *ibid.*
[91] *Ibid.*
[92] *Congressional Record*, III, 1965, p. 16.230

su colega republicano Roman Hruska, lo que daba a Dirksen una influencia decisiva sobre el resultado.

Dado que la *Voting Rights Act* representaba un asalto tan radical al federalismo, los conferenciantes tenían con qué entretenerse para resolver un montón de conflictos. Sin embargo, procedieron con una notable rapidez hasta que se toparon con el muro del impuesto de capitación[93]. Celler era una fuerza formidable, pero Dirksen no podía ser ignorado. Él (y Hruska) podían vetar cualquier acuerdo Cámara de Representantes-Senado. Aunque la NAACP y sus aliados en el Senado hicieron subir mucho la temperatura, no pudieron revocar las leyes de la aritmética. Dirksen se mantuvo firme[94]. Una fuerza irresistible se estaba enfrentando a un objeto inamovible, a menos que interviniese como mediadora una tercera parte.

Katzenbach era la elección obvia. A la hora de la verdad, Celler tendría muchas dificultades para oponerse a un gobierno del Partido Demócrata. Y Dirksen ya había confiado públicamente en Katzenbach al hacer su trato con Mansfield[95]. Cuando la semana del 19 de julio las negociaciones llegaron a un punto muerto, Katzenbach regresó al Departamento de Justicia para proponer una nueva fórmula que desterraría al fantasma de la Vigesimocuarta Enmienda de la Constitución viva.

La semana siguiente la cosa estaba lista. Su nueva propuesta conservaba la estructura en dos fases del proyecto de ley del Senado; el Congreso seguiría hablando con un acento constitucional condenando el impuesto de capitación y dirigiría al Fiscal General a presentar demandas especiales para convencer al Tribunal Supremo de que invalidase *Breedlove*.

Pero ahora el Congreso expresaría su condena en unos términos aún más contundentes. La disposición revisada de Katzenbach, etiquetada como Sección 10, consideraba no solo que el impuesto tenía un impacto racialmente discriminatorio en algunos estados, sino también que imponía invariablemente una «carga financiera excesiva» sin «una relación razonable con un interés estatal legítimo»[96]. En una reunión privada celebrada el 27 de julio, Dirksen y Celler firmaron esta versión más dura[97].

---

[93] La conferencia empezó el lunes 12 de julio, pero llegó a un callejón sin salida el 19 de julio. Véase G. Garrow, *Protest at Selma: Martin Luther King Jr. and the Voting Rights Act of 1965*, cit., pp. 130-131.

[94] Robert C. Albright, «Conferees Bog Down on Poll Tax Ban», *The Washington Post*, 28 de julio de 1965, en A2.

[95] *Congressional Record*, III, 1965, p. 10078.

[96] Voting Rights Act § 10, p. 42 U.S.C. § 1973h(b), 2000.

[97] Véase G. Garrow, *Protest at Selma: Martin Luther King Jr. and the Voting Rights Act of 1965*, cit., pp. 130-131. El papel fundamental jugado por Katzenbach se sugiere en un memorándum de Mike Manatos –un asesor de la Casa Blanca– en el que se dice: «Nick Katzenbach me informa de que mañana se llegará a un acuerdo en las negociaciones sobre el derecho al voto. Aparentemente, el compromiso sugerido por Nick respecto al impuesto de capitación es aceptable para Dirksen y Celler. Interpreto que estos dos individuos se reunirán extraoficialmente mañana al mediodía».

El consentimiento de Dirksen garantizaba una mayoría de la delegación del Senado, pero cuando el comité de negociación se reunió más tarde aquel mismo día, Celler se encontró con una rebelión de la mayoría de los miembros de la Cámara de Representantes, obligando a sus líderes a adoptar medidas desesperadas. Con la NAACP y los progresistas del Congreso fuertemente involucrados en la prohibición legal, había solo un líder de los derechos civiles con la autoridad moral para encontrar la forma de salir del atolladero: Martin Luther King Jr.

Katzenbach llamó a King por teléfono el miércoles por la noche. Con la suerte de la ley en el fiel de la balanza, King tomó el camino marcado por el presidente Johnson en su anterior llamada telefónica. Al día siguiente, Katzenbach informó de su éxito a Celler en una carta:

> Ayer por la noche discutí con Martin Luther King el proyecto de ley propuesto sobre el derecho al voto tal como está actualmente y, particularmente, la nueva disposición relativa al impuesto de capitación. El Dr. King me manifestó su deseo de que el proyecto de ley sea promulgado pronto en forma de ley y comentó que esta era una consideración primordial [...].
>
> Con respecto a la disposición sobre el impuesto de capitación me expresó su opinión del siguiente modo: «Si bien yo hubiese preferido que el proyecto de ley eliminase el impuesto de capitación en ese momento –y de una vez por todas– el hecho es que contiene una declaración expresa del Congreso, según la cual el impuesto de capitación restringe y niega el derecho al voto. Además, el Congreso insta al Fiscal General a «iniciar inmediatamente» demandas que eliminen e impidan el uso del impuesto de capitación en los cuatro estados en los que todavía se aplica. Confío en que la disposición del proyecto sobre el impuesto de capitación –con una vigorosa acción por parte del Fiscal General– servirá finalmente para enterrar este inicuo mecanismo»[98].

Celler convocó inmediatamente la conferencia, leyó la carta y obtuvo el consentimiento de los progresistas más recalcitrantes[99]. Luego fue al hemiciclo de la Cámara para presentar el informe del comité, donde tuvo que hacer frente a una vorágine de indignación.

La sensación de traición era palpable. El diputado Robert McEwen, de Nueva York, acusó a los negociadores de «diluir» el proyecto de ley del voto[100]. El diputado Delbert Latta denunció el compromiso: «Estamos en

---

Véase «Memorandum from Larry O'Brien a Lyndon B. Johnson», 26 de abril de 1965, LBJ Library, LE/HU 2-7, FG II-8-I/O'Brien.

[98] *Congressional Record*, III, 1965, p. 19444.

[99] La intervención de King fue particularmente decisiva para los negociadores de la Cámara de Representantes Peter Rodino y Harold Donohue. Véase G. Garrow, *Protest at Selma: Martin Luther King Jr. and the Voting Rights Act of 1965*, cit., p. 435.

[100] «Voting Rights Act of 1965», *Congressional Quarterly Almanac*, 1965, p. 563; *Congressional Record*, III, 1965, p. 19200.

contra del impuesto de capitación […] y no queremos prolongar y perpetuar este problema solo para arrastrarlo durante otra campaña»[101].

Pero Celler fue categórico y logró la aprobación del proyecto de ley por la Cámara por un margen de trescientos veintiocho a setenta y cuatro votos[102]. Durante el debate en el hemiciclo, Celler mantuvo la intervención de King en el último minuto a un nivel confidencial[103]. Pero fue una noticia de primera plana en *The Washington Post* del día siguiente[104] y la carta de Katzenbach fue inmediatamente reimpresa en el *Congressional Record*[105].

La verdad estaba a la vista de todos: la *Voting Rights Act* había obtenido la aprobación mediante una combinación de creatividad constitucional por parte del Departamento de Justicia y el apoyo decisivo de King. «We Shall Overcome»: el presidente Johnson no sabía el verdadero alcance de lo que decía cuando adoptó el lema de los movimientos civiles en su gran discurso ante el Congreso. Se necesitó la autoridad de Martin Luther King Jr. para enterrar el fantasma del Artículo Cinco y abrir un nuevo camino a la transformación constitucional.

Al firmar la ley hito, el presidente Johnson tomó especialmente nota de este logro. Esta es una parte de su discurso, televisado a toda la nación:

> Los miembros del Congreso y muchos ciudadanos privados, que han trabajado para dar forma y aprobar este proyecto de ley, tienen garantizado un lugar de honor en nuestra historia solo por esta ley.
>
> Había quien decía que esta era una vieja injusticia y que no era necesario precipitarse, pero han pasado noventa y cinco años desde que la Decimoquinta Enmienda concedió a los negros el derecho al voto.
>
> Y el tiempo de espera ha terminado.
>
> Había quien decía que había que implementar medidas más modestas y graduales. Pero ya se han probado. Durante años y años se han probado y probado y probado, y siempre han fracasado y fracasado y fracasado.

---

[101] *Congressional Record*, III, 1965, p. 19195.

[102] «Voting Rights Act of 1965», *Congressional Quarterly Almanac*, 1965, p. 563.

[103] Manteniéndola en secreto, Celler cumplió la promesa que le había hecho a Katzenbach, cuya carta concluía así:

> «El Dr. King me aseguró que haría una declaración pública en el momento adecuado. Si bien es libre de mostrar esta carta en privado a quien desee, le agradeceré que no haga uso de ella públicamente sin informarme para que yo, a mi vez, pueda discutirla con el Dr. King», *Congressional Record*, III, 1965, p. 19444.

[104] Richard Lyons, «Voting Rights Bill Passed by House After GOP Attack», *The Washington Post*, 4 de agosto de 1965, p. 1.

[105] La carta apareció el 4 de agosto, el mismo día que se publicó la historia en *The Washington Post*. *Congressional Record*, III, 1965, p. 19444.

> Y el tiempo de los fracasos ha terminado.
>
> Había quien decía que este es un problema polifacético muy complejo. Pero sea cual sea el punto de vista desde el que se considere, la negación del derecho al voto es un error enorme.
>
> Y el tiempo de la injusticia ha terminado…
>
> Este buen Congreso, el octogésimo noveno de su historia, ha actuado con celeridad aprobando esta ley. Y yo pienso actuar con la misma celeridad para hacerla cumplir.
>
> Mañana a la una de la tarde, el Fiscal General presentará una demanda cuestionando la constitucionalidad del impuesto de capitación en el estado de Misisipi. De este modo empezará el proceso legal que, estoy convencido de ello, pronto prohibirá a cualquier estado que exija el pago de dinero para poder ejercer el derecho al voto […].
>
> Avanzaremos, pues, paso a paso, a menudo con dificultades, pero con un objetivo muy claro, por el camino que lleva a la libertad del pueblo estadounidense[106].

Pero, ¿aceptaría el Tribunal Supremo dar el siguiente paso por el camino abierto por Luther King Jr., por el presidente y por el Congreso de Estados Unidos?

---

[106] Presidente Lyndon B. Johnson, «Remarks in the Capitol Rotunda at the Signing of the Voting Rights Act», 6 de agosto de 1965, en www.lbjlibrary.net/collections/selected-speeches/1965/08-06-1965.html.

VI
¿BORRADO POR VÍA JUDICIAL?

La batalla por el impuesto de capitación catapultó al Artículo Cinco al centro de la escena política. ¿Podía adecuadamente servir como el modo exclusivo de cambio constitucional en la República Moderna?

La respuesta era no: rechazando el Artículo Cinco, la *Voting Rights Act* estaba expresando el amplio compromiso popular de erradicar *todos* los mecanismos que prohibían a los negros participar en la política sureña. Al elaborar la Sección 10 de la *Voting Rights Act*, el Congreso y el presidente no se estaban simplemente involucrando en otro tecnicismo de última hora. Estaban rechazando un obstáculo constitucional fundamental a la reivindicación de la soberanía popular en la República Moderna.

La importancia constitucional de la Sección 10 se ha perdido entre las brumas del tiempo; desconocida para la mayoría de expertos en el derecho al voto, y mucho más para la comunidad profesional en general, y aún más para el público en general. ¿Cómo explicar este notable borrado?

La amnesia colectiva es el legado paradójico del intervencionismo del Tribunal supremopresidido por Warren. En *Harper v. Virginia Board of Elections*, los jueces completaron la misión que les había asignado la *Voting Rights Act* revocando todos los impuestos de capitación restantes en nombre de la Constitución. Pero el dictamen mayoritario, redactado por el paradigmático intervencionista William O. Douglas, se negó a basarse en la Sección 10 o en la Vigesimocuarta Enmienda para emitir su juicio. Douglas redactó *Harper* como si dependiera enteramente de los jueces resolver la cuestión.

Recuérdese que el Tribunal del *New Deal* había confirmado los impuestos de capitación en *Breedlove* por nueve votos a cero. Al revocar *Breedlove*, Douglas no afirmaba que en su momento, en 1937, se hubiese tomado una decisión incorrecta. Negó orgullosamente que el Tribunal pudiese «ser encadenado a la teoría política» de los estadounidenses del siglo XIX que proclamaron la Cláusula de Protección Igual. Al interpretar el espíritu de la época contemporáneo, se olvidó completamente de mencionar los

cincuenta años de campaña política contra la lectura estrecha que hacía *Breedlove* de la protección igual. Al contrario, presentaba al Tribunal Supremo como el único portavoz de Nosotros, el Pueblo del siglo XX, revocando el impuesto de capitación de Virginia por no adecuarse a *su* versión de la interpretación constitucional contemporánea.

Generaciones posteriores de juristas han tomado a Douglas al pie de la letra, concediendo al Tribunal de Warren todo el mérito (o la culpa) por su reinterpretación intervencionista de la Decimocuarta Enmienda. Centrarse enteramente en los *United States Reports* había permitido a Douglas borrar los intentos protagonizados por King, Johnson, Dirksen, Mansfield y Celler para derribar finalmente las viejas barreras constitucionales en nombre de los estadounidenses del siglo XX.

La amnesia colectiva es especialmente desatinada en este caso particular. El dictamen de Douglas se abrió camino en los *United States Reports* gracias a un mero accidente. Durante las primeras deliberaciones del Tribunal en el caso *Harper*, el juez Arthur Goldberg marcó la pauta redactando un borrador de dictamen que iba más allá de la Decimocuarta Enmienda para poner de relieve los juicios constitucionales de Nosotros, el Pueblo de la década de 1960. Pero luego el presidente Johnson convenció a Goldberg para que dimitiese del Tribunal para encabezar una iniciativa de paz en Vietnam como embajador en las Naciones Unidas, dejando que Douglas llenase el vacío con un dictamen muy diferente. Teniendo en cuenta el carácter accidental del borrado de Douglas, los juristas modernos tienen una responsabilidad especial a la hora de recordar el papel histórico que los estadounidenses modernos, y sus líderes políticos, desempeñaron al redefinir el significado constitucional de la igualdad.

Nuestra visita a los archivos en *Harper* preparará el terreno para la reinterpretación de un segundo gran caso que afecta a la *Voting Rights Act*: *Katzenbach v. Morgan*. Esta vez, el juez William J. Brennan redactó el dictamen por el Tribunal. A diferencia de Douglas, celebraba el poder del Congreso, en sus leyes-hito, para tomar la iniciativa definiendo el significado moderno de la igualdad. Es más, *Morgan* conserva un lugar importante en el canon profesional como punto de referencia en el debate en curso sobre el poder del Congreso. Esto nos permitirá utilizar *Morgan* como trampolín para reintroducir la historia del impuesto de capitación en el moderno canon constitucional.

El microanálisis que se hace en este capítulo de dos casos del Tribunal tiene un aspecto muy diferente de los intentos a escala macroscópica que he hecho en capítulos anteriores para caracterizar la forma institucional de la dinámica de la producción normativa de carácter superior en el periodo comprendido entre 1954 y 1974. Pero los caminos micro y macro llevan

en última instancia al mismo destino: los constitucionalistas del siglo XXI tienen la obligación respecto a sus conciudadanos de elaborar los grandes logros de la revolución de los derechos civiles moviéndose más allá de las decisiones del Tribunal Supremo para llegar a los principios transformadores expresados por las leyes-hito. La Segunda Parte procede a un estudio más minucioso de estas leyes-hito y de cómo ellas enriquecen nuestra interpretación del legado constitucional que nos ha dejado el siglo XX.

El modelo colaborativo

Empecemos poniendo a *Harper* bajo el microscopio, comenzando por la ley-hito que él eclipsó desde de los *United States Reports*. La Sección 10 marcó una nueva fase en la evolución del sistema moderno de producción normativa de carácter superior.

Cuando Franklin D. Roosevelt elaboró el modelo moderno de liderazgo presidencial durante el *New Deal*, adoptó una forma sencilla. Respaldado por el poderoso mandato de un electorado movilizado, el presidente y el Congreso promulgaron leyes-hito que cuestionaban directamente la ortodoxia constitucional.

Estas leyes prepararon el terreno para una clara elección por parte del Tribunal Supremo. O bien seguía defendiendo la vieja ortodoxia constitucional o podía efectuar un «cambio a tiempo». Como es bien sabido, el Tribunal efectuó este cambio en 1937, confirmando la legislación progresista del *New Deal* en una serie de superprecedentes, que siguen dando forma hoy a la ley constitucional. Llamemos a esto el *modelo del desafío*: el presidente y el Congreso desafían al Tribunal a cambiar radicalmente su jurisprudencia constitucional o a correr el riesgo de una intensificación del ataque a su legitimidad[1].

La Sección 10 adopta un enfoque diferente. Ofrece la posibilidad de la colaboración en vez de la confrontación. En este modelo, el Congreso simplemente anuncia sus puntos de vista constitucionales revisionistas y «dirige» al Fiscal General para que utilice estos juicios con el fin de tratar de persuadir al Tribunal de que rechace su vieja jurisprudencia y cree un nuevo superprecedente, que exprese los compromisos constitucionales transformadores de la generación en ascenso.

La Sección 10 abre nuevos caminos: en siglos anteriores ninguna ley previa había convertido al Fiscal General en un mensajero del Congreso ante la judicatura. Al fin y al cabo, el Fiscal General es un miembro del poder ejecutivo. Si alguien manda de verdad sobre él es el presidente, no el Congreso.

---

[1] Véase B. Ackerman, *We the People: Transformations*, vol. 2, cit., pp. 290-382.

Ordinariamente, un intento de este de «dirigir» implicaría una guerra total por la supremacía entre el Congreso y el presidente. Pero 1965 no fue un momento ordinario. El propio Katzenbach desempeñó un papel fundamental haciendo que el Congreso emitiese sus órdenes de marcha. En vez de señalizar un conflicto enconado, la Sección 10 expresaba un extraordinario nivel de cooperación entre las dos instituciones políticas en su intento de enrolar al Tribunal en su proyecto de redefinir el significado de la igualdad.

Así es como la Sección 10 proponía establecer nuevos fundamentos doctrinales para la era de los derechos civiles:

> El Congreso considera que el requisito del pago de un impuesto de capitación como precondición para votar (i) excluye a personas de medios limitados del ejercicio del voto o impone cargas financieras poco razonables a tales personas como precondición para su ejercicio de dicho derecho, (ii) no tiene una relación razonable con el interés legítimo de un estado a la hora de llevar a cabo unas elecciones, y (iii) en algunas áreas tiene el objetivo o el efecto de negar el derecho al voto a algunas personas por su raza o por el color de su piel. Sobre la base de estas consideraciones, el Congreso declara que el derecho constitucional de los ciudadanos a votar es negado o restringido en algunas áreas por el requisito del pago de un impuesto de capitación como precondición para votar[2].

Estas «consideraciones» se materializaron en unos compromisos arraigados en dos generaciones de política constitucional. Las dos primeras subsecciones representan la culminación de la batalla del *New Deal* para permitir a los pobres acceder a las urnas. La tercera lleva a primer plano el movimiento contemporáneo en pro de los derechos civiles.

Aunque el Congreso expresa estos juicios en términos de consideraciones factuales, no se trata en este caso de hechos ordinarios. Las dos primeras consideraciones del Congreso –el legado del *New Deal*– se expresan en la clave ostentosamente normativa del derecho constitucional: los impuestos de capitación imponen «cargas financieras *poco razonables*» y no tienen «una relación *razonable* con el interés *legítimo* de un estado a la hora de llevar a cabo unas elecciones» (el subrayado es mío). La tercera consideración –la contribución de la revolución de los derechos civiles– se basada más en los hechos: su afirmación de la existencia de un «objetivo o efecto» racista era, en principio, constatable.

La Sección 10 concluye con una nota normativa: «declara» que las tres consideraciones implicaban que los «derechos constitucionales de los ciudadanos» habían sido negados «en algunas áreas». Esta conclusión no se sigue de las premisas de la ley. Si las dos primeras consideraciones del

---

[2] *Voting Rights Act*, § 10, 42 U.S.C. § 1973h(a), 2000.

Congreso son válidas, entonces el impuesto es inconstitucional en *todas* las áreas, no solo en algunas. Solamente la tercera consideración –la relacionada con un objetivo o efecto racista– podría limitarse a algunas áreas del Sur. ¿Qué estaba, pues, diciendo el Congreso: «algunas» áreas o «todas»?

Situada en un contexto colaborativo, esta ambigüedad formulaba una cuestión fundamental para el Tribunal Supremo. Por un lado, podía redactar un dictamen (relativamente) estrecho poniendo de relieve la contribución del movimiento de los derechos civiles a la constitución viva. Bajo esta opción de los derechos civiles, el dictamen pondría el énfasis en la tercera consideración del Congreso e instruiría a los tribunales inferiores a investigar el «objetivo o efecto» del impuesto de capitación en los estados que aún lo imponían.

Por otro lado, una decisión más ambiciosa se basaría en las dos primeras consideraciones para rechazar *todos* los impuestos de capitación como «cargas financieras poco razonables» al derecho al voto. Este dictamen consideraría la Sección 10 como la culminación de la campaña popular iniciada con el intento de Roosevelt de abrir las urnas a todos los estadounidenses, independientemente de su riqueza y finalmente cristalizada en la colaboración King-Johnson-Dirksen-Mansfield, que produjo la *Voting Rights Act*. A diferencia de la opción de los derechos civiles, podemos calificar esta opción como la de la síntesis del *New Deal*-Derechos Civiles.

¿Cuál de estas opciones se impondría: la más estrecha o la más amplia?

Fuese cual fuese la respuesta de los jueces, una cosa estaba clara: el Congreso y el presidente querían una revocación categórica de *Breedlove* y estaban aportando los materiales para hacer el trabajo de acuerdo con el imperio de la ley.

Accidentes de litigio

Este mensaje nunca llegó al Tribunal. Fue desviado por la ACLU (American Civil Liberties Union), que había iniciado un desafío judicial al impuesto de capitación en Virginia casi dos años antes de que el Congreso empezase a negociar la *Voting Rights Act*. Una vez oficializado el dictamen del caso *Breedlove,* el desafío de la ACLU no tenía recorrido en los tribunales federales inferiores, cuya opinión era que no tenían jurisdicción para cuestionar a posteriori una decisión tomada por unanimidad en el Tribunal Supremo de 1937. Este previsible revés llevó a la ACLU, a finales de 1964, a pedir al Tribunal que asumiese la jurisdicción sobre *Harper* y revocase su vieja decisión en la que confirmaba el impuesto de capitación[3].

[3] Véase «Jurisdictional Statement of Appellants, Harper v. Va. Bd. of Elections», 380 U.S., 1964, p. 930, en Philip Kurland y Gerhard Casper (eds.), *Landmark Briefs and Arguments of the Supreme Court of the United States: Constitutional Law*, Arlington (VA), University Publications of America, 1975, pp. 835-851.

La cuestión llegó a manos de los jueces en febrero de 1965, justo cuando King estaba volando de Selma a Washington para pedirle al presidente Johnson una legislación sobre el derecho al voto y un mes antes de que Johnson presentase al Congreso la *Voting Rights Act*.

Pero incluso en fecha tan tardía, el Tribunal se negó a tomarse en serio el desafío de la ACLU. En su discusión inicial, seis magistrados votaron a favor de reafirmar sumariamente *Breedlove,* sin escuchar siquiera los argumentos del plenario. Durante las conversaciones de pasillo alguien mencionó la reciente promulgación de la Vigesimocuarta Enmienda, pero solamente para sugerir que el impuesto de capitación estaba muriendo y que no había ninguna necesidad de que el Tribunal se sumase al entierro. Solamente Warren, Douglas y Goldberg objetaron brevemente[4].

La decisión de la mayoría podría haber sido menos notable si *Harper* hubiese ido acompañado de un mandato judicial de *certiorari*, que habría otorgado al Tribunal Supremo una completa discrecionalidad para conceder o negar competencia jurisdiccional. Pero el caso llegó como una apelación y, técnicamente hablando, la mayoría de seis votos no tenía autoridad para evitar decidir sobre el fondo. Si la mayoría se hubiese mantenido en sus trece, el Tribunal habría confirmado sumariamente *Breedlove* sobre el fondo del asunto un mes antes de que el discurso del presidente («We Shall Overcome») pusiese en marcha la exitosa campaña para rechazar el impuesto de capitación. Solamente la intervención de Arthur Goldberg frenó a sus colegas de ofrecer un refrendo categórico del *statu quo* constitucional. Les pidió que esperasen hasta que pudiese redactar un disenso completo y ellos, por supuesto, aplazaron su petición por más tiempo.

Este episodio cuestiona el estereotipo imperante del Tribunal de Warren: su respuesta inicial no era una forma de intervencionismo judicial, sino cautela legalista. El mismo enfoque imperaba también en el Departamento de Justicia. Recuérdese que Katzenbach había estado aconsejando al presidente que la mejor forma de invalidar *Breedlove* era hacerlo con una nueva enmienda mediante el Artículo Cinco. Mientras Goldberg estaba escribiendo su dictamen, el Departamento de Justicia dejaba finalmente caer su fidelidad formalista al Artículo Cinco y se ponía a trabajar en un borrador revolucionario de la *Voting Rights Act*. Los jerarcas legales en la sala de mando estaban empezando a ponerse a la altura de la dinámica de la política constitucional.

El borrador de Goldberg combinaba dos líneas de argumentación: una de ellas procedente de las recientes decisiones «una persona, un voto» del Tribunal de Warren; la otra, de los debates del Congreso en torno a la Vigesimocuarta Enmienda. Se basó en estos debates para desestimar

[4] Véase Bernard Schwartz, «More Unpublished Warren Court Opinions», *Supreme Court Review*, 1986, pp. 317, 321-322.

la afirmación del estado de Virginia en virtud de la cual el impuesto de capitación representaba un interés legítimo a la hora de determinar si un votante «tenía suficiente interés en los asuntos públicos». Goldberg subrayó que el Comité Judicial de la Cámara de Representantes tenía que confrontar «idéntica argumentación» al devolver, acompañado de un informe, la Vigesimocuarta Enmienda. Siguió el mismo camino al negar que el impuesto de capitación cumpliese una importante función recaudatoria[5]. Hizo circular este borrador, al que se unieron Warren y Douglas, el 4 de marzo, tres días antes del Domingo Sangriento en Selma[6].

El día siguiente de los hechos de Selma, *Harper* regresó a la conferencia, revelando que Black, Brennan y Byron White habían cambiado de bando, votando para preparar el caso para la siguiente sesión plenaria del Tribunal[7]. Al tomar su decisión no podían adivinar que en menos de cinco meses la Sección 10 crearía un procedimiento de prueba especial con el expreso propósito de rechazar el impuesto de capitación. Cuando *Harper* llegó al plenario, los tribunales inferiores ya estaban invalidando los impuestos de capitación en virtud de la Sección 10[8]. Fue trabajo de la ACLU poner de manifiesto cómo los argumentos legales refrendados por aquellos casos reforzaban las afirmaciones más tradicionales, que previamente había llevado a los tribunales inferiores en *Harper*. Al fin y al cabo, nunca es fácil hacer que el Tribunal Supremo invalide sus propios precedentes, así que la Sección 10 era un regalo del cielo que facilitaba mucho el desafío de la ACLU a *Breedlove*. Pero, por desgracia, la ACLU no supo incorporar la Sección 10 en su ataque a la ley de Virginia. Durante los últimos dos años sus juristas se habían basado exclusivamente en la Cláusula de Protección Igual y no habían tenido la agilidad intelectual para sobreponerse a las fuerzas de la inercia legalista.

Esto podría no haber sido grave si Goldberg hubiese seguido en el Tribunal para dar seguimiento al borrador de su dictamen, que ya había puesto de relieve la importancia de considerar los desarrollos constitucionales contemporáneos. Pero Goldberg dimitió antes de que se presentase *Harper*, dejando que fueran otros quienes planteasen la cuestión cuando el Tribunal empezaba a abordar en serio el problema del impuesto de capitación.

¿Podría alguien llenar aquel vacío intelectual?

* * * * *

[5] Estoy en deuda con el profesor Bernard Schwartz, ya fallecido, que hizo público su dictamen hace un cuarto de siglo –véase B. Schwartz, «More Unpublished Warren Court Opinions», cit., pp. 324-27– aunque su importancia no ha sido adecuadamente apreciada.

[6] *Ibid.*, p. 321.

[7] *Harper v. Virginia Board of Elections*, 380 U.S., 1965, p. 930 (apuntando la probable jurisdicción).

[8] Véase, por ejemplo, *United States v. Texas*, 252 F. Supp. 234 (9 de febrero de 1966); *United States v. Alabama*, 252 F. Supp. 95 (3 de marzo de 1966).

La respuesta fue sí. Una vez aprobada la *Voting Rights Act*, el subsecretario de Justicia Thurgood Marshall fue invitado a intervenir en *Harper* para exponer los puntos de vista del gobierno. Si bien Marshall no tuvo acceso al dictamen no publicado de Goldberg, su Departamento presentó un escrito que desarrollaba una línea de argumentación similar, solo que ahora iba más allá de la Vigesimocuarta Enmienda para hacer hincapié en la centralidad de la Sección 10 en el caso.

Redactado en buena parte por el joven Richard Posner, que entonces trabajaba de ayudante en el despacho del subsecretario de Justicia, el escrito se concentraba en la invitación del Congreso al Tribunal de implicarse en una empresa colaborativa[9]. Ponía de relieve la consideración de la Sección 10 según la cual el impuesto de capitación no tenía «una relación razonable con un interés estatal legítimo,» y mostraba lo similares que habían sido las «consideraciones hechas anteriormente en el Congreso para proponer la Vigesimocuarta Enmienda»[10]. Posner concluía: «El problema del impuesto de capitación ha estado en el Congreso durante años. El Congreso lo ha estudiado y ha llegado a la conclusión, sobre una amplia base fáctica y empírica, de que el impuesto de capitación no es un ejercicio justificable del poder estatal para establecer requisitos para votar. *Sin ir tan lejos como para sugerir que dicho juicio es vinculante para el Tribunal, sostenemos que tiene un gran peso*»[11]. El mensaje del gobierno era alto y claro: la Vigesimocuarta y la Sección 10 merecían un lugar central en cualquier decisión de invalidar *Breedlove*.

Pero cuando el subsecretario de Justicia Marshall hizo su presentación oral en *Harper*, no prosiguió con esta línea de argumentación. La cuestión se planteó, sin embargo, cuando el Tribunal se centró en un caso similar a *Harper*, el caso *Butts v. Harrison*. De acuerdo con la transcripción oficial, uno de los jueces (probablemente Harlan)[12] mencionó que «alguien» –presumiblemente Katzenbach– había testificado en las sesiones del Congreso que la constitucionalidad de «la legislación puede ser dudosa […] pero ellos no parecen tener dudas […], de que el Tribunal podría hacerlo, pero el Congreso no»[13]. Marshall había dejado el estrado en ese punto, dejando que fuera el abogado de *Butts* Robert L. Separ el que respondiera.

---

[9] Ralph Spritzer, el ayudante principal del subsecretario de Justicia, también firmó el escrito, pero cuando hablé con él sobre el caso a finales de la década de 1960 me dijo que Richard Posner había sido el redactor. En respuesta a una reciente pregunta hecha por correo electrónico, el juez Posner me dijo: «Desgraciadamente no tengo ningún recuerdo de haber trabajado en el caso *Harper*, pero si lleva mi firma significa que lo redacté yo», 17 de mayo de 2007.

[10] «Brief for the United States as Amici Curiae», *Harper v. Va. Bd. of Elections*, 383 U.S., 1965, p. 663 (Nº 48, pp. 25-26).

[11] *Ibid.*, p. 27 (las cursivas son mías).

[12] Durante la década de 1960, las transcripciones no identificaban a ningún juez en particular, pero intuyo que el orador era el juez Harlan, porque hace afirmaciones similares en su disenso en *Harper v. Virginia Board of Elections*.

[13] Véase Ph. Kurland y G. Casper (eds.), *Landmark Briefs and Arguments of the Supreme Court of the United States: Constitutional Law*, cit., pp. 1023-1087, Transcripciones del argumento oral, 1975, p. 28.

Segar no estuvo a la altura de las circunstancias. No explicó que el Congreso había respondido al problema de Katzenbach condenando el impuesto de capitación en la Sección 10 y tampoco hizo el seguimiento del escrito del subsecretario de Justicia, argumentando que dicho juicio del Congreso tenía «un gran peso». En vez de ello, rechazó expresamente la ley hito: «Yo no estuve [en las sesiones del Congreso]. No basamos nuestra argumentación en lo que dijo el Congreso [...]. De hecho, nuestro caso fue presentado antes de la *Voting Rights Act* de 1965 [...] y esta ley no se cita en nuestro escrito, por cierto»[14].

La conversación, luego, pasó de la Sección 10 a la Vigesimocuarta Enmienda, pero una vez más, de una forma poco útil:

> Tribunal: En su argumentación, la Vigesimocuarta Enmienda sería irrelevante.
>
> Mr. Segar: ¿Sería qué?
>
> Tribunal: Irrelevante. Usted no la habría necesitado.
>
> Mr. Segar: Oh, esto es cierto, absolutamente[15].

Segar había titubeado una segunda vez. No había exhortado al Tribunal –a la manera del juez Goldberg y del escrito del gobierno– a que considerase el reciente rechazo de los impuestos de capitación, que hacía la enmienda como un motivo para reconsiderar su postura en *Breedlove*. En un acto de defensa increíblemente pobre, aceptó la sugerencia hostil de que su argumento sobre la protección igual requería que el Tribunal considerase la Vigesimocuarta Enmienda como absolutamente inútil.

* * * * *

Los microaccidentes se iban acumulando a un ritmo alarmante. Si Goldberg no hubiese pedido inicialmente más tiempo para redactar su disenso, el Tribunal habría confirmado *Breedlove* sumariamente en 1964, requiriéndole reconsiderar la cuestión en 1965 o 1966 en el contexto de las demandas entorno la Sección 10, que habrían alcanzado entonces su lista de casos desde los tribunales inferiores. Una vez que ordenó la consideración plenaria de *Harper*, la salida de Goldberg del Tribunal dejó al subsecretario de Justicia la tarea de resituar a la Sección 10 en el centro de la escena, pero Thurgood Marshall no logró clarificar la cuestión durante la discusión oral. Esto hizo que fuese la ACLU la que llenase el hueco. Sin embargo, su abogado se desvió mucho del camino proclamando la total irrelevancia de la política constitucional de la década de 1960 para el caso en consideración ante el Tribunal.

El terreno estaba preparado para el borrado judicial.

---

[14] *Ibid.*, p. 1027.
[15] *Ibid.*

Borrado

El juez Douglas habló en nombre del Tribunal en *Harper* y se negó a basarse en la Vigesimocuarta Enmienda o en la Sección 10 para invalidar *Breedlove*. Basó su decisión enteramente en textos dejados por la primera Reconstrucción.

> La Cláusula de Protección Igual no está encadenada a la teoría política de una era particular. Al determinar qué líneas son inconstitucionalmente discriminatorias, nosotros [los jueces] no hemos estado nunca limitados por las nociones históricas de igualdad [...]. Las nociones de lo que constituye un trato igual a efectos de la Cláusula de Protección Igual *sí* cambian [...]. Este Tribunal decretó en 1896 que las leyes que preveían servicios públicos separados para ciudadanos blancos y negros no privaban a estos últimos del trato y la protección igual que exige la Decimocuarta Enmienda. Siete de los ocho magistrados que entonces formaban el Tribunal suscribieron el dictamen de este, uniéndose de este modo en expresiones de lo que constituía un trato desigual y discriminatorio que resulta extraño a oídos contemporáneos. Cuando, en 1954, más de medio siglo después, rechazamos la doctrina «separados pero iguales» de *Plessy* con respecto a la educación pública, afirmamos: «Al abordar este problema, no podemos hacer retroceder el reloj a 1868, año en que se adoptó la enmienda, o a 1896, año en que se redactó *Plessy v. Ferguson*»[16].

Si *Harper* hubiese sido presentado ante el Tribunal entre 1954 y 1965, la confianza de Douglas en *Brown* hubiera sido enteramente sensata. La famosa negativa de Warren a «dar marcha atrás al reloj» sirvió efectivamente como la autoridad más obvia para rechazar *Breedlove*. Pero ahora era 1966 y la proclamación de la Vigesimocuarta Enmienda y de la Sección 10 habían transformado radicalmente el paisaje legal.

Douglas tenía problemas para entender este punto. Como un general librando la última batalla, estaba profundamente interesado en las viejas estrategias judiciales desarrolladas cuando el Tribunal trataba con un presidente y un Congreso, que no estaban preparados para encabezar la lucha constitucional contra el racismo. De todos modos podría haber redactado un dictamen mucho más poderoso si hubiese demostrado tener la agilidad intelectual de Goldberg.

Hay un problema obvio con el hecho de «desencadenar» la protección igual de «la teoría política de una era particular»: ¿por qué está Douglas tan seguro de que está hablando por el espíritu de la época? Tal vez el Tribunal está hablando solamente por una pequeña minoría de filántropos judiciales.

---

[16] *Harper v. Virginia Board of Elections*, 1966, p. 669-670 (cita omitida).

Douglas alienta la acusación de elitismo al declarar de manera anodina que el apoyo de *Breedlove* a «un trato desigual y discriminatorio» derivado del impuesto de capitación «resulta extraño a oídos contemporáneos», ¡como si se tratase de una cuestión de percepción musical! Su argumentación habría sido mucho más convincente si hubiese invocado las «consideraciones» de la Sección 10 para justificar el reexamen de las premisas de *Breedlove*.

El borrado de la Sección 10 se vuelve aún más desconcertante cuando nos fijamos en el razonamiento exacto de Douglas: «Introducir la riqueza o el pago de unos honorarios como medida para la cualificación de un votante equivale a introducir un factor caprichoso o irrelevante. El grado de discriminación es irrelevante. En este contexto –es decir, como condición para obtener una papeleta de voto– el requisito de pagar una cantidad provoca una "odiosa" discriminación que constituye una infracción de la Cláusula de Protección Igual»[17]. Al afirmar que el impuesto de capitación introduce «un factor caprichoso o irrelevante», Douglas estaba simplemente presentando de otra forma la consideración de la Sección 10, según la cual el impuesto no tenía «una relación razonable con ningún interés estatal legítimo»; al condenar el pago financiero como «odioso» estaba siguiendo la opinión del Congreso de que imponía «una carga financiera poco razonable»[18]. Así, pues, ¿por qué no mencionaba que el Congreso acababa de afirmar los mismos puntos de vista constitucionales que él estaba expresando?

Recuérdese que la Sección 10 invitaba al Tribunal a elegir entre la opción de los derechos civiles, que condenaba solamente los impuestos de capitación que tenían un «objetivo o un efecto» racista, y la síntesis *New Deal*-Derechos Civiles, que condenaba todos los impuestos de capitación. La elección de Douglas de la opción más amplia era inevitablemente polémica, pero, contra toda lógica, se privaba él mismo de la rica historia de luchas populares que daba a la Sección 10 su profundo significado constitucional[19]. Paradójicamente, la voz de Nosotros, el Pueblo del siglo XX solamente la oyeron los discrepantes. John Harland, junto con Potter Stewart, rechazó la opinión de Douglas de que el impuesto no cumplía un propósito «racional» en promover la «responsabilidad cívica»[20]:

---

[17] *Ibid.*, p. 668.

[18] «Voting Rights Act of 1965», Pub. L. Nº 89-110, § 4, 79 Stat. 437, 442 (codificado como enmienda en el 42 U.S.C. § 1973b, 2000).

[19] El misterio se complica aún más por la mención que hacía Douglas a casos recientes de tribunales inferiores, que revocaban los impuestos de capitación estatales en virtud de la Sección 10. Véase *Harper v. Virginia Board of Elections*, cit., pp. 665, 666 nn. 2, 4. Estas citas muestran que Douglas era perfectamente consciente de los intentos recientes del Congreso, pero que no supo reflexionar sobre su significado constitucional más amplio.

[20] *Harper v. Virginia. Board. of Elections*, cit., pp. 684-685.

> Estos puntos de vista, por cierto, *suenan a falso a la mayoría de oídos contemporáneos*. Su falta de aceptación actual se pone de manifiesto por el hecho de que casi todos los estados, por sí mismos, han eliminado las cualificaciones relativas a la propiedad y a los impuestos de capitación; también *por el hecho de que el Congreso y las tres cuartas partes de los estados ratificaron rápidamente la Vigesimocuarta Enmienda* [...]. Sin embargo, es una equivocación, a mi modo de ver, que el Tribunal adopte las doctrinas políticas popularmente aceptadas en un momento particular de nuestra historia y declare que todas las demás son irracionales u odiosas, eliminándolas de la serie de opciones, que podrían tomar personas de mentalidad razonable actuando mediante el proceso político[21].

Harlan y Stewart consideraban la Vigesimocuarta Enmienda como si fuese una regla estricta de limitación: Nosotros, el Pueblo prohibía los impuestos de capitación en las elecciones federales y el Tribunal carecía de autoridad para ir más allá. Dado que Douglas ni se molestaba en citar la Enmienda, no estaba en condiciones de cuestionar esta interpretación restrictiva.

El silencio de Douglas también puso las cosas fáciles al juez Black, cuyo disenso se pronunciaba previsiblemente contra la entera teoría del constitucionalismo vivo: «Cuando una "teoría política" plasmada en nuestra Constitución se queda anticuada, a mí me parece que la mayoría de los nueve miembros de este Tribunal no solo carece de poder constitucional, sino que está menos cualificada para elegir una nueva teoría política constitucional que el pueblo de este país actuando del modo previsto por el Artículo Cinco»[22]. Pese a este panegírico al Artículo Cinco, Black no menciona la Vigesimocuarta Enmienda y, mucho menos, considera que su promulgación haya socavado *Breedlove* de modo significativo.

Si el juez Goldberg hubiese seguido en el Tribunal, nunca habría permitido que esta cháchara quedase sin cuestionar[23]. Su dictamen no publicado ya había abierto el camino a un planteamiento más sofisticado. Reconocía que la Vigesimocuarta Enmienda no abolía explícitamente los impuestos de capitación estatales y la calificaba de «compromiso necesario [...] para hacer algún progreso en esta cuestión»[24]. Con la Sección 10 oficialmente validada y el informe del subsecretario de Justicia afirmando que tenía «mucho peso», Goldberg podía haber desarrollado su argumento de un modo más

---

[21] *Ibid.*, pp. 685-686 (las cursivas son mías).

[22] *Ibid.*, p. 678 (Black, J., discrepando).

[23] Hugo Black había votado inicialmente para ratificar *Breedlove* sin un plenario, pero cambió de opinión en respuesta al borrador inicial de Goldberg. «Memorandum for the Conference from Hugo Black, Associate Justice to William Brennan, Associate Justice», 4 de marzo de 1965. Hugo Black Papers, Box I: 128, Folder 6, Library of Congress. Cuando Douglas sustituyó a Goldberg como redactor del dictamen, Black reafirmó su compromiso con *Breedlove*.

[24] Véase B. Schwartz, «More Unpublished Warren Court Opinions», cit.

contundente. Sugiero el poder de esta iniciativa constitucional insertando unas cuantas frases en cursiva en el lugar apropiado del borrador de Goldberg:

> Finalmente, nada en el lenguaje o en la historia de la Vigesimocuarta Enmienda, que era un intento afirmativo de eliminar el impuesto de capitación en las elecciones federales, sugiere siquiera que con ello el Congreso y las asambleas legislativas estatales estuviesen intentando implícitamente revocar la operación de la Decimocuarta Enmienda en esta cuestión fundamental. *Al contrario, los juicios constitucionales formulados por la Voting Rights Act nos invitan a ampliar los principios expresados por la reciente enmienda a las elecciones estatales. Estamos de acuerdo con el Congreso en considerar que estos impuestos imponen una* «*carga financiera poco razonable*» *a* «*personas de recursos limitados*» *y que no* «*tienen ninguna relación razonable con interés estatal legítimo alguno*»*. En consecuencia, condenamos el impuesto como una forma constitucionalmente odiosa de discriminación por la riqueza.*

De acuerdo con este «escenario Goldberg», los juristas y jueces del siglo XXI habrían aprendido una lección muy diferente en *Harper*. Goldberg habría presentado la decisión como la culminación de una dinámica de soberanía popular en la que los estadounidenses de la década de 1960 desempeñaron el papel propulsivo fundamental, primero formulando sus juicios constitucionales a través de la antigua forma del Artículo Cinco, luego mediante el método moderno de una ley-hito y, finalmente, mediante un dictamen del Tribunal Supremo, que traduce estos nuevos juicios constitucionales en principios fundacionales del régimen *New Deal*-Derechos Civiles.

No sucedió de este modo. Pero ya es hora de que la profesión trascienda los accidentes de la historia y trabaje sobre las ideas profundas y perspicaces de Goldberg.

La colaboración recuperada

La tarea se simplifica mucho cuando nos fijamos en una segunda gran decisión del Tribunal de Warren, *Katzenbach v. Morgan*[25]. Aunque se produjo solamente tres meses después de *Harper*, el dictamen del juez Brennan para el Tribunal se negó a seguir el ejemplo de Douglas. Utilizó el caso *Morgan* para impulsar la moderna ley de protección igual por la senda abierta por Goldbergh, poniendo de relieve el papel clave de la colaboración entre el Tribunal y el Congreso en la elaboración del significado constitucional de la Segunda Reconstrucción. Es más, *Morgan* sigue ocupando un lugar central en el canon profesional, permitiéndonos utilizar la historia del

[25] *Katzenbach v. Morgan*, 384 U.S., 1966, p. 641.

impuesto de capitación para profundizar en las interpretaciones ya existentes del potencial para un cambio constitucional colaborativo[26].

Empecemos señalando unas cuantas similitudes sorprendentes: tanto *Morgan* como *Harper* eran respuestas judiciales a los avances revolucionarios de la *Voting Rights Act*, si bien *Morgan* se centraba en un dispositivo excluyente diferente. Cuando los puertorriqueños hispanohablantes se trasladaron al continente se vieron a menudo excluidos de las urnas por unas leyes estatales que les exigían saber leer y escribir en inglés. La Sección 4 de la *Voting Rights Act* prohibió esta práctica pese a una reciente decisión del Tribunal Supremo confirmándola. *Lassiter v. Northampton County Board of Elections* se había decidido en 1959, convirtiéndose en un obstáculo aún más formidable a la acción del Congreso bajo la Cláusula de Protección Igual que la decisión del Tribunal en 1937 en el caso *Breedlove*[27].

El Congreso no se amedrentó. Igual que con la Sección 10, la Sección 4 derribaba esta barrera al voto, pero empleaba una técnica diferente. Mientras que la Sección 10 creaba un modelo cooperativo innovador para destruir los impuestos de capitación, la Sección 4 dictaba una prohibición directa de las pruebas de alfabetización solo en inglés[28].

Esto preparó el terreno para un modelo familiar de confrontación en el Tribunal Supremo, con los defensores de la ley-hito pidiendo a los jueces que revocasen *Lassiter*, mientras sus críticos les instaban a seguir el precedente establecido. Brennan respondió trascendiendo esta dicotomía estándar con una solución de «tercera vía» al problema del cambio constitucional: su dictamen para el Tribunal apoyaba *Lassiter*, pero también colaboraba con la redefinición histórica que hacía el Congreso de la igualdad para votar.

La *Voting Rights Act* había alterado espectacularmente, en opinión de Brennan, la ecuación institucional que definía el alcance de la revisión judicial. *Lassiter* había meramente determinado que los *estados individuales* habían cumplido el requisito de la protección igual insistiendo en el voto solo en inglés, pero la Decimocuarta Enmienda garantiza un poder adicional al Congreso para hacer cumplir sus órdenes, y Brennan definía

---

[26] Se encuentran variaciones perspicaces sobre este tema en Pamela Karlan, «The Supreme Court 2011 Term, Foreword: Democracy and Disdain», *Harvard Law Review*, vol. 126, 2012, pp. 14-27.

[27] *Lassiter v. Northampton County Board of Elections*, 360 U.S., 1959, p. 45.

[28] «El Congreso declara por la presente que para garantizar los derechos que, en virtud de la Decimocuarta Enmienda, tienen las personas que han sido educadas en escuelas bajo la bandera estadounidense en las que el idioma predominante en las aulas no era el inglés, resulta necesario prohibir a los estados que condicionen el derecho al voto de tales personas a su capacidad para leer, escribir, entender o interpretar cualquier texto en lengua inglesa», *Voting Rights Act* of 1965, Pub. L. Nº 89-110, § 4(c) (i), 79 Stat. pp. 437, 439 (codificado como enmendado en 42 U.S.C., 2000, § 1973b.

este poder de un modo lo suficientemente amplio como para permitirle intervenir para proteger a los hispanohablantes sobre su propia autoridad.

Brennan aseguró su interpretación de la cláusula de cumplimiento en una famosa formulación de John Marshall: «Si un fin es legítimo, si está dentro del alcance de la Constitución, todos los medios apropiados que se adapten a este fin y que no estando prohibidos estén de acuerdo con la letra y el espíritu de la Constitución, son constitucionales»[29].

De acuerdo con la prueba de Brennan-Marshall, la ley-hito recibió fácilmente el visto bueno. En su opinión, el Congreso hacía algo más que permitir individualmente a los hispanohablantes el acceso a las urnas; proporcionaba «a la comunidad puertorriqueña» una herramienta de vital importancia para garantizarles un trato no discriminatorio «en la provisión de […] la escuela pública, la vivienda pública y el cumplimiento de la ley»[30]. Teniendo en cuenta el vínculo existente entre el hecho de votar y la provisión pública, Brennan no tuvo problemas en afirmar que la *Voting Rights Act* representaba un cumplimiento «apropiado».

El juez Harlan no estaba convencido. En una opinión discrepante, que también suscribió Potter Stewart puso de relieve el carácter de recuperación de la cláusula de cumplimiento. Antes de autorizar un remedio, el Congreso tenía que mostrar que había un problema constitucional sustantivo: si no hay acto injusto, tampoco hay remedio. Pero según *Lassiter*, las pruebas de alfabetización solo en inglés eran correctas, o sea que no había ninguna injusticia que remediar.

Harlan tampoco se dejó impresionar por el vínculo que establecía Brennan entre la exclusión de los puertorriqueños de las urnas y la amenaza de una provisión discriminatoria de los servicios públicos. El Congreso, señalaba, no había llevado a cabo ninguna investigación factual sobre esta cuestión; su prohibición de las pruebas de alfabetización solo en inglés se basaba meramente en un «anuncio legislativo de que el Congreso cree que una ley estatal comporta una privación inconstitucional de la protección igual»[31]. Autorizando esta declaración, Brennan estaba permitiendo al Congreso revisar «los dictámenes constitucionales de este Tribunal bajo la Decimocuarta […] Enmienda»[32]. Pese a sus valientes invocaciones a John Marshall, *Morgan* era un monumento de abdicación judicial.

No culpable, replicó Brennan, añadiendo una nota al pie con la que negaba explícitamente la acusación de Harlan de que estaba dando carta

[29] *Katzenbach v. Morgan*, p. 650.
[30] *Ibid.*, p. 836.
[31] *Ibid.*, p. 669.
[32] *Ibid.*, p. 668.

blanca al Congreso. Insistía, en cambio, en que los jueces garantizaban que el Congreso podía utilizar sus poderes de *Morgan* solamente para «hacer respetar», más que para «atenuar», la interpretación sustantiva de la protección igual que hacía el Tribunal[33].

Esta respuesta implicaba una cuestión obvia: ¿cómo iban a distinguir los jueces la diferencia entre «atenuación» y «aplicación»?[34]. Diferentes teorías de la protección igual hacían esta distinción de modo diferente. Si el dictamen de Brennan concede al Congreso autoridad para elegir entre ellas, *Morgan* le permite efectivamente reemplazar el juicio del Tribunal por su propio juicio; si no lo hace, pese a sus gestos *marshallianos*, la «tercera vía» de Brennan podía ser una senda estrecha o una vía real, en función de cómo definieran Tribunales posteriores el significado del concepto «aplicación».

La confrontación Brennan-Harlan ha provocado muchos debates durante el último medio siglo, pero los jueces y los estudiosos han abordado generalmente la cuestión de una manera ahistórica, proporcionando una respuesta única al alcance del poder del Congreso, a tenor de *Morgan*, para ir más allá de la jurisprudencia del Tribunal.

Esto es un error. *Morgan* era una respuesta a una situación muy especial. Durante las elecciones de 1964, Barry Goldwater había insistido en que la *Voting Rights Act* e iniciativas similares eran constitucionalmente válidas solo si eran aprobadas como enmiendas de acuerdo con el Artículo Cinco. Pese a estas objeciones, el presidente Johnson, el movimiento de los derechos civiles y sus aliados en el Congreso habían obtenido una victoria arrolladora en las urnas, obteniendo de ese modo un mandato popular decisivo para futuros avances.

En realidad, al elaborar la *Voting Rights Act*, la coalición de los derechos civiles afrontó la objeción de Goldwater en su forma más enfática, con Spessard Holland señalando la Vigesimocuarta Enmienda como un precedente fundamental que limitaba el alcance legítimo del poder legal. Los líderes del movimiento pro derechos civiles no hicieron caso omiso de esta objeción, sino que la abordaron con seriedad, afirmando conscientemente la autoridad del Congreso para utilizar la *Voting Rights Act* como un sustituto de una enmienda constitucional.

En este contexto, podemos ver que tanto Brennan como Harlan contribuyeron con aportaciones cruciales en su famoso debate. Harlan tenía razón al insistir en que *Morgan* estaba abriendo nuevos caminos al reconocer la autoridad del Congreso para ir más allá de *Lassiter* sobre la base del

[33] *Ibid.*, p. 652, n. 10.
[34] La importancia de este punto fue inmediatamente reconocida. Véase Robert Burt, «Miranda and Title II: A Morganatic Marriage», *Supreme Court Review*, 1969, p. 81.

«anuncio legislativo» de una nueva doctrina de la protección igual. Pero no supo reconocer que el presidente y el Congreso habían *obtenido* la autoridad para hablar con una voz constitucional, incluso en el caso del impuesto de capitación, en el que esta afirmación era más difícil de sostener.

La opinión de Brennan tiene el gran mérito de reconocer este punto. Efectivamente, su invocación de John Marshall expresa en sí misma el carácter extraordinario del momento constitucional, pero su lógica más particular no hace justicia a la situación. El Congreso estaba haciendo algo más que «aplicar» la cláusula de la protección igual; estaba *redefiniéndola* e invitando al Tribunal a asociarse con él para redactar una serie de superprecedentes dignos de la Segunda Reconstrucción.

Pero Brennan estaba decidido a mantener la postura del Tribunal como socio principal en esta colaboración. Este era el motivo para relegar al Congreso al papel de «agente que hace cumplir» y para insistir en que no tenía la autoridad de «atenuar» –fuera lo que fuese lo que eso significaba– la jurisprudencia vigente sobre protección igual. Situadas en su contexto histórico, las preocupaciones de Brennan eran perfectamente comprensibles: entre 1954 y 1964, el presidente y el Congreso solo habían dado un apoyo poco entusiasta a *Brown*, dejando abierta la cuestión de si la reacción del Sur prevalecería y destruiría efectivamente la afirmación del Tribunal de ser la autoridad constitucional definitiva. Tras una década en las trincheras tenía que ser duro para el Tribunal reconocer que el Congreso estaba realmente obteniendo el apoyo decisivo de Nosotros, el Pueblo; las preocupaciones de Brennan respecto a esta «atenuación» expresaban su ansiedad residual.

Estos temores merecían ser tomados en serio. Escribiendo en 1966, Brennan no podía saber si los cambios fundamentales expresados por la *Civil Rigths Act* y la *Voting Rights Act* eran irreversibles; tal vez los Republicanos designarían a otro Goldwater en 1968; quizá, ¿podría hacerse con la Casa Blanca y obtener el apoyo del Congreso para revocar las leyes-hito?

En este escenario, el Tribunal se habría visto obligado a una defensa desesperada de *Brown* contra su «atenuación» o contra su completa evisceración. Para situar la cuestión en el macronivel en que la hemos desarrollado en capítulos anteriores, Brenan estaba redactando *Morgan* durante un periodo de elaboración movilizada después de unas elecciones desencadenantes. No podía saber si unas elecciones de ratificación autorizarían un periodo final de consolidación constitucional[35]. En este contexto, lo más prudente era prepararse para el peor de los escenarios, el de la «atenuación», celebrando al mismo tiempo el carácter notable del avance legal.

---

[35] Véase el capítulo 4.

Teniendo en cuenta todas estas contingencias históricas, *Morgan* merece el elevado lugar en el canon institucional que le otorga la profesión. De todos modos, el hecho de que hayan pasado cincuenta años más nos da una perspectiva más profunda de su duradera importancia. Después de todo, nosotros sabemos algo de lo que Brennan y Harlan no podían estar seguros cuando se enfrentaron en 1966. Pese a lo razonables que eran los temores de Brennan de que se produjese una reacción, el pueblo estadounidense rechazó efectivamente a George Wallace en 1968 y Richard Nixon cumplió sus promesas de campaña firmando una renovación de la *Voting Rights Act* en 1970. Dado que las preocupaciones de Brennan relativas a una reacción arrolladora resultaron ser infundadas, hemos de interpretar su opinión de tercera vía en *Morgan* como un gesto hacia una verdad mayor: la de que el modelo coordinado de revisión constitucional en el que el presidente, el Congreso y el Tribunal colaboran con las leyes-hito y los superprecedentes sirven de sustituto legítimo de las enmiendas formales aprobadas de acuerdo con el Artículo Cinco en las condiciones actuales.

Esta interpretación de *Morgan* se ve reforzada por nuestra excavación de la historia del impuesto de capitación oculta en el dictamen de Douglas en *Harper*. Si bien la exclusión política de los puertorriqueños hispanohablantes era una grave injusticia, conquistó un lugar en la agenda de la acción política únicamente adscribiéndose a la batalla central de la época: el movimiento por los derechos políticos y civiles de los negros. Dado que la historia del impuesto de capitación era un elemento clave en dicha batalla, proporcionó la mejor ventana de oportunidad para un desarrollo de leyes-hito y de superprecedentes como una alternativa al Artículo Cinco. Una vez que ubicamos a *Morgan* en el marco de la historia del impuesto de capitación oculta por *Harper* podemos ver de qué forma el presidente Johnson, King y los líderes del Congreso utilizaron la *Voting Rights Act* para forjar los términos del moderno sistema de producción normativa de carácter superior, que se basaba en unas leyes-hito y en unos superprecedentes para expresar la voluntad de Nosotros, el Pueblo.

Como guardián de la memoria constitucional de la nación, la comunidad legal tiene la obligación de transmitir a sus conciudadanos el mensaje dejado por *Morgan* y *Harper*: la Segunda Reconstrucción no era un regalo del Tribunal de Warren, sino el producto de un gran movimiento popular de estadounidenses ordinarios, que respaldaban la creación de nuevos métodos de producción normativa de carácter superior, que pudiesen servir como precedentes a futuras generaciones cuando tuviesen que hacer frente a las crisis constitucionales que les deparase el futuro.

* * * * *

Los capítulos 5 y 6 se han centrado en la *Voting Rights Act* y en su recepción judicial, dado que estos estudios de caso constituyen la elaboración más institucionalmente respaldada y más políticamente consciente de mi tesis. Pero estos precedentes no salen de la nada, sino que fueron prefigurados por algunas de las cuestiones desarrolladas por los protagonistas de la anterior batalla por la *Civil Rights Act* de 1964.

Déjenme, pues, concluir esta parte del libro con un discurso del senador Everett Dirksen en un momento decisivo de la aprobación de la ley de 1964. Con los Demócratas sureños inmersos en un interminable obstruccionismo, la suerte del proyecto de ley estaba en manos de Dirksen. Sin el apoyo del Partido Republicano, los Demócratas progresistas no podían aportar los sesenta y siete votos necesarios para frenar el obstruccionismo; solamente Dirksen, el líder del partido en el Senado, podía aportar los votos extra que se necesitaban para formar la supermayoría requerida. Tras establecer un compromiso sustantivo con los dirigentes del Partido Demócrata, Dirksen llevó finalmente a sus Republicanos al voto de clausura, que garantizaba la aprobación final del proyecto de ley. Así es como explicaba su iniciativa en el hemiciclo del Senado:

> Hay muchos motivos para invocar la clausura y aprobar una buena iniciativa a favor de los derechos civiles.
>
> Primero. Se dice que el día que murió, Victor Hugo escribió en su diario este sentimiento: «Más fuerte que cualquier ejército es una idea cuyo momento ha llegado».
>
> Ha llegado el momento para una igualdad de oportunidades para compartir el gobierno, la educación y el empleo. No será afirmada ni negada. Está ya aquí…
>
> Segundo […]. Desde que [el Tribunal Supremo revocó la *Voting Rights Act* de 1875], Estados Unidos ha cambiado. La población era entonces de 45 millones. Hoy es de 190 millones. En el Juramento de Lealtad a nuestra Bandera entonamos: «Una Nación bajo Dios». Y así es. Es una nación integrada. El transporte aéreo, por ferrocarril y por carretera la hacen así. Un idioma común la hace así. Un patrón impositivo que se aplica por igual a blancos y no blancos la hace así. La alfabatización la hace así. La movilidad proporcionada por ochenta millones de automóviles la hace así. Las leyes del alojamiento en treinta y cuatro estados y en el Distrito de Columbia la hacen así. Las leyes de la práctica del empleo justo en treinta estados la hacen así. Sí, nuestro país ha cambiado desde la decisión del Tribunal Supremo de 1883.
>
> Como dijo Lincoln en cierta ocasión:
>
> «La situación está llena de dificultades y hemos de estar a la altura de las circunstancias. Como nuestra causa es nueva, hemos de pensar y actuar de una forma novedosa. Primero hemos de emanciparnos nosotros mismos y luego hemos de salvar la Unión […]».

> América crece. América cambia. Y en la cuestión de los derechos civiles hemos de estar a la altura de las circunstancias. Esto exige la conclusión del obstruccionismo y la promulgación de un proyecto de ley de derechos civiles.
>
> Tercero. Cada partido ha firmado un pacto con el pueblo mediante su programa de derechos civiles […].
>
> Cuarto. [Tras citar otras ideas «cuyo momento ha llegado» –legislación sobre alimentos y medicamentos, Administración pública y sistema de méritos, legislación sobre la jornada laboral, elección popular de senadores, sufragio femenino, impuesto federal sobre la renta– Dirksen continúa] Estas son solo algunas de las cosas que afectan a los asuntos del pueblo que toparon con una enérgica resistencia, con gritos agudos y estridentes de radicalismo, con legalismos forzados, con súplicas angustiadas, porque los fundamentos de la República estaban siendo sacudidos. Pero la inexorable fuerza moral que opera en el ámbito de los asuntos humanos dejó de lado estos intentos y hoy son aceptados como partes del tejido social, económico y político de Estados Unidos[36].

Una idea cuyo momento había llegado: los acentos de la producción normativa de carácter superior eran inconfundibles, pero no hay que confundir al orador con gente como Martin Luther King Jr. o Lyndon B. Johnson[37]. Dirksen era el portavoz de una generación de conservadores, que básicamente se oponían a la expansión del Estado intervencionista regulador propia del *New Deal*. Pero ahora estaba invocando a sus colegas republicanos para que estuviesen a la altura de la ocasión histórica y reafirmasen su identidad como el partido de Lincoln. Su orgullosa declaración de que «el momento había llegado» fue noticia de primera plana[38].

Al convocar a sus compañeros conservadores, Dirksen expresaba su opinión de una forma, que abordaba explícitamente nuestro tema principal. Al citar una serie de intentos del siglo XX como ejemplos de reforma fundamental, no se limitaba a aquellos, como el impuesto sobre la renta, que comportaban enmiendas constitucionales. Ponía de relieve que las leyes-hito, como la ley federal del salario mínimo, también servían como precedentes convincentes: eran impulsadas por «una fuerza moral inexorable» que había «dejado a un lado […] legalismos forzados» y que había ganado aceptación «como parte del tejido social, económico y político de Estados Unidos».

---

[36] *Congressional Record*, 110th Congress, 1964, pp. 13319-13320.

[37] Compárese el discurso de Dirksen con los extractos del discurso de King («I Have a Dream») analizado en el capítulo 3, y con el de Johnson («We Shall Overcome»), analizado en el capítulo 5.

[38] Véase, por ejemplo, E. W. Kenworthy, «Senate Invokes Closure on Rights Bill, 71 to 29, Ending 75-Day Filibuster», *The New York Times*, 11 de junio de 1964, pp. 1, 25; Edwin A. Leahy, «Dirksen, Rejected by Negroes, Makes Civil Rights Bill Possible», *The Washington Post*, 11 de junio de 1964, p. 9.

Dirksen se veía a sí mismo participando en otro de estos ciclos de política constitucional y rechazaba los «legalismos forzados» con los que los senadores sureños estaban tratando de ligar al Congreso al pasado constitucional.

Nuestra siguiente tarea es afrontar estos legalismos y considerar en qué medida siguen gobernándonos desde la tumba, pese a la enfática resolución en sentido contrario de Dirksen.

SEGUNDA PARTE
HITOS DE LA RECONSTRUCCIÓN

VII
ESFERAS DE HUMILLACIÓN

SUPONGAMOS QUE USTED ESTÁ CONVENCIDO. Supongamos que usted está de acuerdo con la idea de que los estadounidenses no perdieron su voz constitucional en el siglo XX. Supongamos que usted considera la Segunda Reconstrucción como un acto genuino de soberanía popular. Supongamos que usted reconoce que las leyes-hito de la década de 1960, no menos que las enmiendas de la de 1860, expresaban la voluntad del pueblo estadounidense. Supongamos que usted se une a la tarea de construir un nuevo canon constitucional para el siglo XXI.

Usted tendría todavía mucho camino por recorrer. Al revisar el canon, la comunidad jurídica no está escribiendo en una pizarra en blanco, porque ya ha desarrollado un conjunto de categorías y narrativas que expresan el significado de la revolución de los derechos civiles. El relato existente contiene muchas buenas ideas y sería estúpido perder una sabiduría ganada con esfuerzo en el intento de construir una interpretación más amplia. El reto es integrar lo viejo y lo nuevo en una síntesis más profunda del legado de los derechos civiles.

Este capítulo arranca con el punto de partida tradicional: *Brown v. Board of Education*. Pero tiene un objetivo no tradicional. En la historia estándar centrada en el Tribunal Supremo, *Brown* sirve como el preludio de un esfuerzo judicial de gran alcance para hacer frente a la discriminación basada en la raza, la identidad étnica, la religión, el género y la preferencia sexual. Mi relato pone de relieve que *Brown* dio forma a la política constitucional de la siguiente década, definiendo los términos con los que Hubert Humphrey y otros líderes legislativos argumentaron a favor de la *Civil Rights Act* de 1964. Tras relacionar la lógica de *Brown* con el argumento central de la ley-hito, vuelvo a la compleja respuesta del Tribunal Supremo a este debate del Congreso. Avanzando desde el Tribunal en 1954 al Congreso en 1964, y a la respuesta del primero a la afirmación popular de la ley-hito, construiremos un nuevo canon que reconoce cómo el poder judicial, las instituciones políticas y el pueblo estadounidense trabajaron conjuntamente para erigir los nuevos fundamentos de una Segunda Reconstrucción.

El nuevo canon de los derechos civiles permite un sinfín de nuevas perspectivas, empezando con la reinterpretación del propio *Brown v. Board of Education*. Mientras el debate legislativo sobre la protección legal continúa, hay algo muy curioso en el estatus actual de *Brown*: ninguno de los protagonistas se toma en serio el dictamen del juez Warren. Independientemente de otros puntos de desacuerdo, ni juristas ni jueces estudian las palabras del presidente del Tribunal Warren con cuidado y optan, en cambio, por considerar su dictamen como una estación intermedia en el camino que lleva a un principio más glorioso. Ahí es donde empieza el argumento de verdad. Diferentes escuelas legales discrepan frontalmente de la «verdad» doctrinal que Warren y sus colegas dejaron de anunciar cuando se propusieron la gran misión de reivindicar la Decimocuarta Enmienda ante sus negligentes compatriotas.

Hablando en general, dos campos enfrentados dominan la discusión doctrinal[1]. Una escuela cita a *Brown v. Board of Education* para sostener el principio de anticlasificación: ninguna ley o normativa, dicen, debería clasificar a las personas en función de la raza u otras categorías dudosas sin una justificación convincente. Según este punto de vista, el espíritu de *Brown* insta al Estado a juzgar a cada individuo por sus propios méritos sin tener en cuenta la raza u otras dudosas clasificaciones.

La escuela de la anticlasificación no ha vencido (¿todavía?) a su viejo competidor, que se centra en la suerte de los grupos, no de los individuos. En dicho planteamiento, los negros que viven bajo el régimen de Jim Crow constituyen el ejemplo paradigmático de un problema mucho más general, que sigue afectando a muchos grupos en el siglo XXI. Se trata del problema de la discriminación social omnipresente. Según esta interpretación, la preocupación de *Brown* se refiere a la subordinación sistemática de grupos sin poder y requiere remedios basados en la clase, concretamente la acción afirmativa, para erradicar unas injusticias históricamente arraigadas.

Anticlasificación *versus* antisubordinación: como veremos, el dictamen de Warren se niega a aceptar ninguno de estos dos principios, que es precisamente la razón por la qué ninguna de esas escuelas se toma el texto de Warren en serio. Este tratamiento desdeñoso es realmente extraño. Estamos hablando, al fin y al cabo, del dictamen que marca el momento más decisivo de la historia del Tribunal Supremo estadounidense. ¿Acaso su mensaje no merece ser considerado cuidadosamente en sus propios términos?

---

[1] Para un ejercicio admirable de desmitificación, véase Reva Siegel, «Equality Talk, Anti-Subordination and Anti-Classification in Constitutional Struggles over Brown», *Harvard Law Review*, vol. 177, 2004, p. 1740. Me aparto del ensayo de Siegel poniendo de relieve las contribuciones fundamentales de las leyes-hito para la solución constitucional formulada durante la década de 1960 y a comienzos de la siguiente. Para otro relato perspicaz, véase Ian Haney-Lopez, «Intentional Blindness», *New York University Law Review*, vol. 87, 2012, p. 1779.

Hay mucha sabiduría en el dictamen de Warren, pero una sola idea maestra bastará de momento: el énfasis del Tribunal en la injusticia característica de la humillación institucionalizada. Compararé el principio de la antihumillación de *Brown* con los dos planteamientos tradicionales, mostrando cómo las palabras del dictamen de Warren proporcionaron el marco constitucional para el ejercicio de la soberanía popular, que culmina en las leyes-hito de la década de 1960. Esto animará a juristas y jueces, confío, a abandonar su actual *impasse* doctrinal y a desarrollar las implicaciones características de la preocupación por la humillación institucionalizada. Ello también sugiere una promesa interpretativa de mayor envergadura del nuevo canon: poner el énfasis en las leyes-hito no supone una trivialización del Tribunal Supremo, sino que a menudo otorga un significado más profundo a su contribución. Como veremos, esto es verdad en otros muchos grandes dictámenes elaborados por el Tribunal durante el proceso mediante el cual los estadounidenses elaboraron la legislación de carácter superior durante la era de los derechos civiles.

La lógica perdida de *Brown v. Board of Education*

Tanto la anticlasificación como la antisubordinación tienen unas aspiraciones globales. La anticlasificación cuestiona *todas* las acciones estatales que utilizan categorías sospechosas como la de raza; la antisubordinación interroga a *todas* las formas dominantes de inferioridad de estatus. En consecuencia, ambos planteamientos tienen problemas con el dictamen de Warren, que, según se sabe, se limita a declarar que *Plessy* no tiene lugar «en el campo de la educación pública»[2]. Dado que *Brown* deja en suspenso a *Plessy* en otras áreas, tanto la anticlasificación como la antisubordinación solo pueden tratar su dictamen como una estación intermedia en el camino hacia concepciones más completas.

El planteamiento esfera por esfera por el que opta Brown merece una interpretación más favorable. Su objeto de interés característico es sintomático de una jurisprudencia sociológica, que proporciona el marco al conjunto del dictamen: en primer lugar, porque define la naturaleza del problema; en segundo, porque subraya la insuficiencia de los planteamientos legalistas tradicionales aplicados a la vida social; en tercero, porque explica por qué las escuelas públicas son una esfera especialmente estratégica para la preocupación constitucional; en cuarto, porque explora la importancia de la humillación; y, finalmente, porque explica por qué la sociología debería jugar un papel en el derecho constitucional.

---

[2] *Brown v. Board of Education*, 347 U.S., 1954, pp. 483, 495.

Sobre el primer punto, fue la jurisprudencia sociológica la que llevó al Tribunal Supremo a rechazar el originalismo como un enfoque plausible. Warren explicó que cuando se proclamó la cláusula de la protección igual, «el movimiento hacia las escuelas públicas libres […] todavía no había arraigado [en el sur del país] […]. Ni siquiera en el norte del mismo, las condiciones de la educación pública se aproximaban a las actualmente existentes […] el periodo escolar era de apenas tres meses al año en muchos estados, y la asistencia a la escuela obligatoria era prácticamente desconocida. En consecuencia, no es sorprendente que haya tan pocas cosas en la historia de la Decimocuarta Enmienda que indiquen su efecto previsto sobre la educación pública»[3].

Pero en 1954 la educación pública se había convertido en una esfera de experiencia viva en toda la extensión de la palabra, con un conjunto de prácticas y expectativas que la distinguían de la familia, el lugar de trabajo y otras zonas de la vida cotidiana. Este punto sociológico, en opinión de Warren, hacía que fuese absurdo tratar las ocasionales observaciones de los debates del siglo XIX como si fuesen la última palabra sobre el tema; es un puro despropósito suponer que cuando hablaban de «escuelas públicas» estaban refiriéndose razonablemente a las realidades del siglo XX.

La crítica sociológica del originalismo requería una revisión fundamental de los patrones heredados del pensamiento legal. Para los Republicanos de la Reconstrucción, solo valía la pena distinguir tres esferas de vida: la esfera política, que implicaba votar y comportamientos similares; la esfera civil, que implicaba la protección legal de la vida y la libertad, incluidos los derechos de propiedad y contrato; y la esfera social, que implicaba todo lo demás[4]. En esta tricotomía tradicional, las Enmiendas de la Reconstrucción protegían los derechos políticos y civiles, pero no los derechos sociales.

Aquí es donde Warren hizo una segunda contribución fundamental: propuso pluralizar el reino social en una serie de esferas más independientes. La clave del segundo paso de la lógica de *Brown* es que los estadounidenses viven sus vidas en una multiplicidad de instituciones sociales, cada una de ellas dotadas de sus propias prácticas y expectativas. El mundo social de la escuela, por ejemplo, está organizado sobre principios diferentes de los que encontramos en el hogar, en el lugar de trabajo, en la iglesia o en el bar de la esquina. En consecuencia, la misma acción que puede tener un significado relevante en el hogar puede ser radicalmente desatinada en la escuela o en el lugar de trabajo, y viceversa. En vez de apuntar vagamente al aspecto social de la vida, *Brown v. Board of Education* nos exhorta a afrontar la multiplicidad de esferas sociales, cada una de ellas con su propia forma normativa,

---

[3] *Ibid*., p. 490.
[4] Véase Jack Balkin, *Living Originalism*, Cambridge (MA), The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, pp. 221-226.

y a preguntarnos cómo nuestro compromiso constitucional con la igualdad afecta a los significados del mundo real con que se encuentran los estadounidenses cuando pasan de una esfera a otra en la vida cotidiana[5].

Esto lleva a un tercer paso: ahora que los tribunales reconocen la pluralidad de las esferas sociales, tienen que empezar a asignar prioridades. ¿Qué esferas son centrales para la garantía de la protección igual y cuáles no lo son?

La respuesta de *Brown*:

> Hoy, la educación es tal vez la función más importante de los gobiernos estatales y locales. Tanto las leyes sobre la asistencia obligatoria a la escuela como los elevados gastos en educación demuestran nuestro reconocimiento de la importancia de esta para nuestra sociedad democrática. Es algo necesario para el desempeño de nuestras responsabilidades públicas más básicas, incluido el servicio en las fuerzas armadas. Es el fundamento mismo de la buena ciudadanía. Hoy es el instrumento principal para iniciar a los niños y niñas en los valores culturales, para prepararles para sus futuras carreras profesionales y para ayudarles a adaptarse con normalidad a su entorno. Hoy en día es dudoso esperar razonablemente que un niño pueda triunfar en la vida si se le niega la oportunidad de recibir una educación. Dicha oportunidad, en el momento en que el Estado ha decidido proporcionarla, es un derecho que debe estar al alcance de todos en pie de igualdad[6].

El argumento de Warren para identificar como objetivo la educación pública se centraba en su relación con otras esferas cruciales: «ciudadanía», «servicio militar», «formación profesional», cada una de ellas constituida, una vez más, por grupos característicos de prácticas, expectativas y modelos de acción dotados de sentido.

Al presentar sus argumentos contra la idea de «separados pero iguales», la lógica de *Brown v. Board of Education* ciertamente no se aplica a todas las relaciones sociales en general. El tercer paso requiere que la ley individualice determinadas esferas cruciales para la reivindicación de la igualdad mediante un complejo cálculo, que evalúa tanto la importancia intrínseca de una esfera particular como su relación estratégica con otros ámbitos sociológicamente importantes.

Podemos ahora proceder con el paso cuarto. Dado que la educación pública es una esfera crucial, la siguiente tarea del Tribunal es determinar si las normas y las prácticas dominantes operan para humillar a los niños negros: «Separarlos de otros de edad y cualificaciones similares únicamente

---

[5] Para un desarrollo filosófico de este tema, véase Michael Walzer, *Spheres of Justice: A Defense Of Pluralism And Equality*, Nueva York, Basic Books, 1984.

[6] *Brown v. Board of Education*, 347 U.S., p. 493.

por su raza genera un sentimiento de inferioridad respecto a su estatus en la comunidad que puede afectar a su autoestima de una forma muy difícil de reparar»[7]. Estas famosas líneas están indeleblemente grabadas en la conciencia de la nación. Al escribirlas, ¿estaba Warren inaugurando un nuevo fundamento metodológico?

A diferencia de los tres primeros pasos, aquí la respuesta es no. Warren estaba simplemente apelando a los jueces, y al resto de nosotros, para que emitiesen juicios de sentido común acerca del significado imperante de las prácticas sociales. Uno de los grandes pensadores legales de la época, Karl Llewellyn, argumentó persuasivamente que los jueces no podían decidir el caso más rutinario sin basarse en esta capacidad, que él calificaba de «sentido de la situación»[8]. Sin utilizar el sentido común no podían determinar si un acusado era un charlatán que había estafado a una víctima inocente o si estaba actuando de modo razonable en función de las circunstancias. La contribución de Warren en esta fase de la argumentación comportaba un principio constitucional, no un método judicial. Insistía en que la Constitución apelaba a los jueces a utilizar su sentido de la situación para determinar si las escuelas segregadas humillaban sistemáticamente a los niños negros.

Este es precisamente el punto en el que *Brown v. Board of Education* se aparta de *Plessy v. Ferguson*. El dictamen más temprano había identificado que «la falacia subyacente en la argumentación del demandante consistía en la asunción de que la separación forzosa de las dos razas marca a la raza de color con una señal de inferioridad. Si esto es así, no lo es por nada que esté en la ley, sino solamente porque la raza de color decide basar esta interpretación en ella»[9]. Para Warren, los jueces tienen que ir más allá del lenguaje «que está en la ley» y explorar el significado social de las prácticas del mundo real. Estos significados son generados por las normas dominantes que prevalecen en determinadas esferas particulares de la vida. La tarea judicial es interpretar estas normas y no conformarse con la engañosa sugerencia de *Plessy* de que dependen de la «elección» individual. Warren puso de relieve este punto promoviendo las consideraciones de algunos tribunales inferiores a una posición central en su texto: «La segregación de los niños blancos y los niños de color en las escuelas públicas tiene un efecto perjudicial en los niños de color. El impacto es mayor cuando tiene la sanción de la ley; *pues la política de separación de las razas es normalmente interpretada como si denotara la inferioridad del grupo negro*»[10]. La frase clave es «normalmente interpretada»: Warren se basaba en el sentido

[7] *Ibid*., p. 494.
[8] Karl Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, Little, Brown, and Company, 1960, pp. 121-157.
[9] *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S., 1896, pp. 527, 551.
[10] *Brown v. Board of Education*, 347 U.S., p. 494 (las cursivas son mías).

de la situación judicial para determinar si la segregación escolar «denota la inferioridad del grupo negro» Si lo hace, la cláusula de protección igual la condena; si no lo hace, no la condena.

En este caso particular, solo un marciano tendría problemas para encontrar la respuesta correcta: la segregación escolar al estilo sureño era, en efecto, «normalmente interpretada» por los escolares y por sus padres como humillante. El sentido de la situación judicial era suficiente para justificar esta conclusión clave, un punto destacado por el profesor Charles Black en aquella época, pero que demasiado a menudo se pasa por alto al poner un énfasis excesivo en el quinto paso y último de la argumentación de *Brown*.[11]

Con este último movimiento, el Tribunal Supremo fortaleció sus conclusiones de sentido común con los descubrimientos de la ciencia social. Este movimiento era perfectamente lógico en un dictamen preocupado por el estigma del mundo real, no por la categorización legal. Pero es sabido que Warren se complicó la vida basándose sobre todo en los estudios psicológicos de los escolares hechos por Kenneth Clark. Si bien la obra de Clark no podía soportar todo este peso, ello no tenía por qué debilitar el atractivo más general del último movimiento argumentativo de Warren.

Fue Louis Brandeis, no Thurgood Marshall, el primero que utilizó la sociología para convencer a los tribunales a fin de que considerasen el impacto en el mundo real de sus doctrinas. En fecha tan temprana como 1908, el Tribunal Supremo se basó claramente en su famoso «Informe Brandeis» para confirmar las leyes sobre la jornada laboral máxima para las mujeres[12]. Durante las décadas siguientes, las escuelas de Derecho se convirtieron en centros de crítica sociológica y económica del formalismo legal reinante, adquiriendo Frankfurter y Pound, en Harvard, y Douglas y sus colegas partidarios del realismo legal, en Yale, una especial prominencia. Con el triunfo del *New Deal*, el uso progresista de la sociología se transformó en un sólido fundamento jurisprudencial: el conocimiento experto constituía la savia del nuevo Estado administrativo y los tribunales del *New Deal* reconocían la relevancia de la sociología con una gran amplitud. *Brown* continuaba esta tradición. Aunque los estudios de Clark eran inadecuados, la respuesta era generar un trabajo mejor basándose al mismo tiempo en el «sentido de la situación» judicial para formular la verdad de sentido común según la cual los sureños estaban humillando a los niños negros al negarse a permitir que asistieran a las escuelas públicas junto a los niños y niñas blancos.

---

[11] Véase Charles Black, «The Lawfulness of the Segregation Decision», *The Yale Law Journal*, vol. 69, 1960, pp. 421, 424. En opinión de Black, el «significado social de la segregación» estaba claro: «Yo fui criado en el Sur, en una ciudad de Texas en la que el patrón de la segregación estaba claramente establecido. Estoy seguro de que nunca se le pasó por la cabeza a nadie, blanco o de color, cuestionar su significado». Según Black, la respuesta apropiada a alguien que negase lo obvio era «ejercer la prerrogativa soberana de los filósofos: reírse».

[12] Véase *Muller v. Oregon*, 208 U.S., 1908, pp. 412, 419.

En resumen, al limitar su decisión a la educación, el Tribunal Supremo no estaba implicándose en un tímido artificio de alguna gran teoría legal para atacar la subordinación a escala social o la categorización racial. Estaba procediendo esfera por esfera con un espíritu sociológico, desafiando a los constitucionalistas a convertir el principio de igualdad en algo significativo para los estadounidenses normales y corrientes implicados en esferas fundamentales de la vida social.

Si la educación pública no era una de dichas esferas, ¿qué era?

Y si las escuelas segregadas no humillaban, ¿qué es lo que hacían?

Estas preguntas ya no dominan el debate legal, pero estuvieron en el centro mismo de la política constitucional durante las décadas de 1950 y 1960. Al forjar la legislación-hito, el Congreso y el presidente no tenían como objetivo encontrar una solución única para todos los problemas. Seguían el camino de Warren. Paso a paso, iban identificando esferas adicionales de la vida social que eran lugares estratégicos para la intervención constitucional: establecimientos públicos, empleo privado, vivienda justa. Se propusieron luego conseguir la igualdad en el mundo real de una forma que se adaptase a las prácticas y a los significados reinantes en cada esfera, a veces con éxito y otras veces no tanto.

En suma, *Brown v. Board of Education* no solo representa el juicio unánime del Tribunal Supremo en un gran momento de su historia. También expresa la lógica que animaba a las leyes-hito apoyadas por el pueblo estadounidense en uno de los grandes momentos de su historia. Teniendo en cuenta todo esto, ¿acaso no ha llegado el momento de que la comunidad legal reclame la lógica perdida de *Brown*?

Esta parte del libro proporciona un marco. Diferentes capítulos abordarán diferentes esferas y revelarán diferentes aspectos de la batalla contra la humillación y la persecución de la «igualdad por esferas» como yo la llamo. Pero primero hemos de considerar de una forma más detallada la contribución de *Brown* al debate más amplio que culminó con la aprobación de las leyes-hito durante la década de 1960.

La reivindicación de *Brown v. Board of Education*

Warren hizo un gesto adicional a la jurisprudencia sociológica al redactar su dictamen: apuntaba al público en general, no a la profesión legal, como audiencia principal. Evitó las discusiones legalistas de la jurisprudencia anterior presentando sus argumentos en unos párrafos breves y accesibles. Su intento de llegar a los estadounidenses normales y corrientes fue especialmente importante, ya que el presidente Eisenhower no estaba

preparado para tomar la iniciativa y el Congreso estaba muy dividido por la iniciativa del Tribunal. En consecuencia, la prosa de sentido común de *Brown* contribuyó a fijar el debate constitucional de la siguiente década, sirviendo como blanco para los oponentes y como referencia común para los defensores. Esto no habría sucedido si Warren hubiese escrito su dictamen utilizando legalismos complejos que tan solo los juristas profesionales hubieran podido entender.

Lo que nos lleva a una paradoja: aunque las palabras de Warren inauguraban el gran debate constitucional que se desarrollaría durante la década siguiente, el Tribunal Supremo no participó en él de una forma continuada. Los jueces regresaron al centro del escenario con la crisis de Little Rock, exigiendo que sus órdenes fuesen acatadas, pero se negaron a desarrollar el razonamiento de *Brown* pese a que tuvieron muchas oportunidades para hacerlo. Durante la década de 1950, los tribunales inferiores estuvieron invocando regularmente el caso *Brown* en decisiones que atacaban la segregación en cada vez más esferas de la vida: transporte público, parques, campos de golf, playas. Y si bien el Tribunal Supremo confirmó tales decisiones judiciales, se negó a explicar por qué lo hacía. Simplemente publicó validaciones de estas de una sola línea en los *United States Reports.*

Todavía peor, el Tribunal confirmó prohibiciones estatales del matrimonio interracial en decisiones que merecerán nuestra atención en un capítulo posterior. Pero de momento bastará con que abordemos las alucinantes paradojas generadas por la enrevesada jurisprudencia del Tribunal: de acuerdo con la normativa vigente a finales de la década de 1950, Virginia no podía prohibir a las parejas interraciales bañarse en las playas públicas, pero podía criminalizar sus intentos de contraer matrimonio. Estas tensiones llevaron a destacados académicos como Herbert Wechsler a condenar los casos raciales del Tribunal como totalmente carentes de principios, provocando que los defensores académicos de *Brown* respondieran con (conflictivos) intentos de proporcionar una fundamentación racional del caso[13]. Pese al alboroto profesional que ello causó, el Tribunal Supremo no hizo ningún intento de desarrollar o de revisar la lógica de *Brown v. Board of Education.*

La opinión pública ignoró estas disputas académicas. En la medida en que se veía afectada por ello, la declaración original de Warren siguió definiendo los temas constitucionales planteados por la lucha por los derechos civiles. Considérese el boicot a los autobuses de Montgomery. Cuando la detención de Rosa Parks provocó protestas masivas en diciembre de 1955, lo único que ella «sabía» era que «ha sido la última vez que sufriré

[13] Véase R. Siegel, «Equality Talk, Anti-Subordination and Anti-Classification in Constitutional Struggles over Brown», cit., pp. 1489-1497, para un resumen de la discusión académica.

una humillación de este tipo»[14]. En otro momento y lugar, el comentario de Parks habría expresado simplemente un valiente compromiso con la justicia. Pero el dictamen de Warren convirtió su negativa a «sufrir una humillación de este tipo» en el fundamento obvio de una demanda constitucional, demanda que el Tribunal respaldó al año siguiente, cuando intervino en Montgomery para prohibir la segregación en el transporte escolar[15]. Los wechslerianos se quejaron de que el dictamen de los jueces sobre la segregación en los autobuses de Montgomery consistía en una sola frase que invocaba el caso *Brown*, pero esta cita fue suficiente para que Rosa Parks y otros millones de personas ampliasen su lucha contra la humillación institucionalizada a otras esferas cruciales de la vida social.

La lucha alcanzó un nuevo clímax en Birmingham, Alabama, en 1963. Cuando un grupo de jóvenes activistas organizó una campaña de desobediencia civil, el *sheriff* Eugene «Bull» Connor respondió con detenciones masivas. Mientras la nación observaba horrorizada las violentas escenas que mostraba la televisión, Martin Luther King Jr. se unió a las manifestaciones solo para verse también arrestado y encarcelado. Su gran «Carta desde la cárcel de Birmingham City» apeló a los estadounidenses pidiéndoles que afrontaran las cuestiones fundamentales:

> Supongo que es fácil para aquellos que nunca han sufrido los hirientes dardos de la segregación decir: «Esperad». Pero […] cuando descubres de pronto que se te retuerce la lengua y que no te salen las palabras cuando tratas de explicarle a tu hija de seis años por qué no puede ir al parque de atracciones público que acaban de anunciar por televisión, y ves cómo brotan las lágrimas de sus pequeños ojos cuando le dices que el parque está cerrado para los niños de color, y ves cómo una deprimente nube de inferioridad empieza a formarse en su pequeño horizonte mental, y ves cómo empieza a deformarse su pequeña personalidad desarrollando de forma inconsciente un resentimiento hacia los blancos; cuando tienes que inventarte una respuesta para decirle a un niño de cinco años que pregunta, angustiado: «Papi, ¿por qué los blancos tratan tan mal a la gente de color?»; cuando atraviesas en coche el país y compruebas que tienes que dormir noche tras noche en un incómodo asiento de tu automóvil porque en ningún motel te aceptan; cuando sufres la humillación de ver persistentemente letreros que rezan «blancos» y «de color»; […] cuando estás luchando siempre contra la degradante sensación de «no ser nadie», entonces entiendes por qué nos resulta difícil esperar[16].

---

[14] «Civil Rights Icon Rosa Parks Dies at 92», *CNN.com*, 25 de octubre de 2005, en http://cnn.it/2I9b7BS.

[15] *Gayle v. Browder*, 352 U.S., 1956, p. 903.

[16] Martin Luther King Jr., «Letter from Birmingham City Jail» en James Washington (ed.), *A Testament of Hope: The Essential Writings and Speeches of Martin Luther King, Jr*, Nueva York, Harper Collins, 1986, pp. 292-293.

La carta abierta de King era una respuesta a una crítica firmada por ocho clérigos blancos «liberales» de Alabama, cuya argumentación se expresaba en gran parte en términos teológicos. Pero el énfasis que ponía King en la humillación institucionalizada respaldaba su afirmación más importante de que «hemos esperado durante más de trescientos cuarenta años nuestros derechos constitucionales concedidos por Dios» y de que había llegado el momento de dar un paso adelante decisivo[17].

Con el Tribunal Supremo y el movimiento impulsándola, la cuestión de la antihumillación desempeñó un papel central cuando los líderes del Congreso la utilizaron para defender la *Civil Rights Act* de 1964. El Senado era el foro central de este gran debate nacional. Los líderes del hemiciclo eran el Demócrata Hubert Humphrey y el Republicano Thomas Kuchel, y ambos eran totalmente conscientes de su importancia histórica: no solo pronunciaron discursos muy elaborados presentando los principales objetivos de la iniciativa, sino que también se hicieron presentaciones similares por parte de los senadores demócratas y republicanos que hicieron las veces de responsables de sus partidos para todas las partes importantes de la ley. Este notable conjunto de discursos merece ocupar un lugar central en nuestra interpretación de la Segunda Reconstrucción. Del mismo modo que los juristas reflexionan sobre las palabras de John Bingham o de Charles Sumner al desarrollar el significado de la Decimocuarta Enmienda, también han de escuchar a Hubert Humphrey cuando nos habla de la *Civil Rights Act*:

> A la mayoría de nosotros nos resulta difícil comprender las monstruosas humillaciones y molestias que impone la discriminación racial a nuestros conciudadanos negros. Si un hombre blanco tiene sed en un día caluroso, entra en el bar más cercano. Si tiene hambre, va al restaurante más cercano. Si necesita un baño, puede ir a la gasolinera más cercana. Si es de noche y está cansado elige entre los moteles y hoteles disponibles en cuál pernoctará.
>
> Pero para un negro las cosas son muy diferentes. Si trata de conseguir un vaso de té helado en una barra de bar puede acabar siendo insultado y ofendido, a menos que esté dispuesto a quitarse de en medio y a seguir su camino, tal vez hasta el otro extremo de la ciudad. Nunca puede contar con que podrá utilizar un lavabo, conseguir un lugar decente para pernoctar o comprar una buena comida. Estos son asuntos triviales en la vida de una persona blanca, pero para aproximadamente veinte millones de negros estadounidenses son consideraciones importantes que deben planificar detalladamente. Tienen que elaborar sus planes de viaje casi como hace un general que avanza por territorio hostil para establecer sus apoyos logísticos[18].

---

[17] *Ibid.*, p. 292.

[18] Véase 110th *Congressional Record*, 30 de marzo de 1964, pp. 6531-6532.

«Humillaciones monstruosas»: este es el mal que las disposiciones sobre los establecimientos públicos tienen como objetivo erradicar. Humphrey retoma este tema en un coloquio particularmente revelador con el senador George Smathers, de Florida:

> Me gustaría preguntarle al senador si piensa que o bien el senador de Florida o bien el senador de Minnesota saben cómo se siente un negro cuando le dicen que no puede entrar en un restaurante, cuando le dicen que no puede alojarse en un hotel, cuando le dicen que no puede enviar a sus hijos a la escuela [...]. ¿Cómo cree el senador que se siente la gente en estas circunstancias?
>
> Lo que sucede no se trata de economía, aunque equivale a una forma de privación económica. No es educación, aunque sabemos que hay gente a la que se le niega la educación. *Lo que sucede es una humillación, la falta de un sentido de dignidad que ha sido impuesta a la gente*[19].

Yendo más allá, Humphrey insistía en que la «libertad de la no indignidad» debería ponerse junto a las cuatro libertades» de Roosevelt: libertad de expresión, libertad de conciencia, libertad de no tener miedo y libertad de no estar en la indigencia[20]. Un mes más tarde, Lyndon B. Johnson seguía su ejemplo: «No podemos negar a ningún grupo de nuestro propio pueblo, de nuestros propios ciudadanos estadounidenses, *los elementos esenciales de dignidad humana* que una mayoría de nuestros ciudadanos reclaman para sí»[21].

Este énfasis en la humillación y su relación con la dignidad humana puede sorprender a los juristas constitucionales estadounidenses. Si bien la idea de dignidad sirve como fundamento de los derechos constitucionales en Europa y en otras partes, los juristas estadounidenses en general derivan sus principios básicos de las ideas de protección igual y proceso debido.

---

[19] *Ibid.*, 13 de abril de 1964, p. 7799.

[20] Vale la pena exponer en extenso el argumento de Humphrey: «Con el debido respeto a todos los senadores, cuando un hombre ha trabajado duro para conseguir una educación en el instituto o en la universidad, o una educación técnica, y ha recibido la bendición del conocimiento, para él es más importante ser aceptado como un miembro deseado de la comunidad que el hecho de poder ejercer esta aceptación. Cuando un hombre de color ha recibido un título de una gran universidad, si es rechazado en un restaurante o en otro establecimiento porque es negro, es un insulto para él. Lo que necesita es libertad de dignidad o libertad de no indignidad. El otro día hablé en un acto organizado por la Four Freedoms Foundation. Recordemos cuáles son las cuatro libertades de Franklin Roosevelt: libertad de expresión, libertad de conciencia, libertad de no tener miedo y libertad de no estar en la indigencia. Yo creo que hay una quinta libertad: la libertad de la dignidad. No se trata tanto de que un individuo desee entrar en un hotel o en un restaurante cualquiera, sino de que si quiere hacerlo como ser humano, no haya una mano que se le ponga delante y alguien le diga: "Quieto ahí. El motivo de que no puedas entrar aquí es el color de tu piel". Un negro no tiene control sobre el color de su piel. No lo elige al nacer. Tampoco elige el país en que nace. Pero es un estadounidense. Es un ciudadano», 110th *Congressional Record*, 24 de marzo de 1964, p. 6091.

[21] Lyndon B. Johnson, *Public Papers of the President of the United States, 1963-1964*, cit., pp. 482-483, 24 de abril de 1964 (las cursivas son mías).

Esto es un error, basado en la incapacidad de apreciar cómo la lógica olvidada de *Brown v. Board of Education* se vio fortalecida durante la batalla por las leyes-hito de la década de 1960. Ya ha llegado la hora de que los juristas estadounidenses escuchen las voces de la Segunda Reconstrucción y de que las traten con el mismo respeto que otorgan a hombres como Bingham y Sumner, cuando hablaban por el Pueblo durante la Primera Reconstrucción. Una vez que optamos por escuchar, vemos que las llamadas constitucionales a la dignidad son abundantes[22].

La dignidad es un concepto notablemente proteico, pero Humphrey y Johnson seguían a Warren y a King dándole una forma característica, que requería la eliminación de la «humillación» que se había «impuesto sistemáticamente a la gente». A lo largo de una década, la interpretación inicial de este principio en *Brown* fue más allá del ámbito de los tribunales para obtener la aprobación reflexiva de destacados representantes del pueblo estadounidense, lo que no era poca cosa.

Sobre la humillación

La humillación es algo que casi todos hemos experimentado, así que podemos consultar nuestras propias experiencias personales para entender mejor los rasgos característicos del concepto. Una vez que reflexionemos sobre ejemplos cotidianos estaremos en mejor posición para entender los males particulares de la humillación institucionalizada, que *Brown v. Board of Education* y las leyes condenan[23].

Empecemos con un caso común y corriente: supongamos que está usted en el trabajo y que ha hecho mal su tarea; se suponía que tenía que arreglar una máquina y la ha estropeado aún más, o que tenía que redactar un informe y ha hecho una chapuza. La hora de la verdad ha llegado: usted tiene que decírselo a su jefe o a sus colegas, o ellos lo averiguarán por su cuenta.

---

[22] Ejemplos de otras declaraciones elocuentes son: Robert Kennedy, «House Judiciary Committee, Hearings: Civil Rights. The President's Program», 88th Cong., 2nd Sess. pp. 93-94, julio-setiembre de 1963; Thomas Kuchel, 110th *Congressional Record*, pp. 6556-6557, 30 de marzo de 1964; Ted Moss (D-Utah), 110th *Congressional Record*, pp. 6746-6748, 1 de abril de 1964; Jacob Javits, «Civil Rights: Hearings Before Sen. Commerce Committee», 88th Cong., 2nd Sess., 1963, p. 257.

[23] He desarrollado estas reflexiones en respuesta a dos importantes libros: Avishai Margalit, *The Decent Society*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1996; y William Miller, *Humiliation: And Other Essays on Honor, Social Discomfort, and Violence*, Ithaca (NY), Cornell University Press, 1993. Philip Petit también ha hecho recientemente una importante contribución en su libro, *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012. Pero no es este el lugar para detallar las similitudes y las diferencias de mi planteamiento sobre nuestro tema común.

Cuando usted afronta ese momento de la verdad puede que se sienta avergonzado; al fin y al cabo, sabe que no ha estado a la altura de las circunstancias. Pero esto no es algo inevitable. Puede que usted sea un cínico o un tipo duro capaz de reprimir con éxito esta clase de emociones. En cualquier caso, la vergüenza no es lo mismo que la humillación, que solo puede surgir en la siguiente fase.

Sus colegas acaban conociendo su error y lo que hacen luego tiene una importancia decisiva. Puede que reaccionen de un modo comprensivo: «Vamos, todo el mundo comete errores. Veamos cómo podemos evitar este problema la próxima vez». En este caso usted no sufrirá ninguna humillación, aunque puede seguir sintiéndose avergonzado. Pero, por supuesto, también es posible que la reacción de su jefe no sea tan amistosa: «¡Serás estúpido! ¿Cómo diablos has dejado que ocurriera?».

Hemos llegado al momento de la humillación, que yo defino como un *insulto cara a cara en el que la víctima consiente el intento de impugnar su prestigio como un actor mínimamente competente en una esfera particular de la vida.*

Estos términos necesitan desglosarse, empezando por la situación «cara a cara». Supongamos que su jefe no le insulta en presencia de sus colegas. Tras reaccionar de un modo aparentemente comprensivo en su presencia, vuelve a su despacho y redacta inmediatamente un informe en el que afirma que usted es un incompetente total. Si el jefe le hubiese dicho esto cara a cara le habría humillado, pero no lo hizo y así la redacción de un informe negativo no entra en mi definición de humillación.

Puede que mi definición sea demasiado estricta. A modo de prueba, supongamos que el informe de su jefe convence a los mandamases de la empresa para que le nieguen el ascenso por el que usted lleva tiempo suspirando. El gerente le convoca en su despacho y le da la mala noticia de la forma más suave: «Su trabajo ha sido correcto, pero el de su rival ha sido aún mejor. Tal vez tendrá más suerte en la próxima oportunidad». Aquí no ha habido ninguna humillación, según mi definición, porque su «prestigio como actor mínimamente competente» no se ha visto impugnado.

Sin embargo, puede que esta conclusión solo intensifique la fuerza de la objeción. Por hipótesis, usted no ha conseguido el ascenso porque su jefe le ha estigmatizado como un «incompetente» en su informe al gerente. Supongamos además que usted abandona el despacho del gerente muy decepcionado; usted quería *realmente* ese ascenso. Aún peor, pese a las zalamerías de su jefe, usted siente que su carrera ha entrado en un callejón sin salida. Este reconocimiento hace añicos su autoestima. Teniendo en cuenta el devastador impacto que ello ha tenido, ¿por qué no decir que su jefe le ha humillado al redactar su informe negativo?

Porque la humillación no es un concepto comodín que describa cualquier acción que provoque una amarga decepción, sino que apunta a un daño especial: aunque los demás estén diciendo cosas muy duras de nosotros a nuestras espaldas, podemos seguir con nuestros asuntos de la forma habitual y recibir las respuestas estándar de nuestros colegas: «Buenos días. Nos vemos en la reunión de la tarde». Pero una demostración de desprecio cara a cara nos para en seco: por mucho que finjamos que no ha sucedido, su jefe le ha avergonzado en su cara y le ha dejado con una difícil elección: o bien acepta el insulto, o bien desafía directamente a quien le insulta.

Solo si usted consiente en ser insultado, su humillación será completa. Pero si usted desafía a su jefe, él no habrá conseguido humillarle. Naturalmente, puede responder a su desafío despidiéndole inmediatamente allí mismo, en cuyo caso usted puede verse apabullado por una terrible carga financiera mientras sale con la cabeza bien alta. En cambio, si agacha la cabeza puede que conserve su trabajo, o incluso que a la larga acabe consiguiendo el ascenso. Lo esencial es que la humillación no es simplemente otro «coste» psicológico o económico de operar en el mundo. Es, primero y sobre todo, una forma de encuentro intersubjetivo.

Hemos de tener esto muy en cuenta a la hora de clarificar el significado de «aquiescencia». Mientras usted permanece en silencio ante la retahíla de insultos de su jefe, son muchas las cosas que pueden estar pasando en su interior. Puede que esté rabiando y jurándose a sí mismo que se vengará a la primera oportunidad que tenga; puede que se haya resignado a las injusticias de la vida; o puede que incluso refrende afirmativamente el derecho que tiene su jefe a exponerle al menosprecio público. Sea cual sea su respuesta psicológica, el caso es que usted está aceptando su propia degradación. Cuando su jefe le coloca en esta situación está haciendo algo que está mal en sí mismo, independientemente de las consecuencias psicológicas o económicas que ello pueda tener.

Hasta ahora hemos estado contando historias de humillación personal que se producen sobre un fondo de competencia social compartida. La razón por la que los escenarios que he presentado son dañinos es porque operan despojando a la víctima de su presunción de competencia, degradándola de ese modo a ojos de la comunidad relevante. En cambio, la humillación está institucionalizada por unas prácticas sociales que privan a todo un grupo de dicha presunción. La imposición de una degradación ritual sistemática es aún peor que la forma individualizada; una vez más, independientemente de las consecuencias.

Esto es lo que decía Rosa Parks en sus reflexiones sobre Montgomery. En el momento en que desafiaba la orden del conductor del autobús, no podía conocer las consecuencias últimas de su acción; quizá la Birmingham

blanca conseguiría aplastar el boicot y hacer aún más difícil para los negros desplazarse por la ciudad. Lo único que podía «saber» era que «esta será la última vez que sufriré una humillación de este tipo».

Hubo una situación de cara a cara en la humillación de Rosa Parks antes de involucrarse en su acto de desafío. Podría haber tratado de ignorar las miradas de los blancos mientras avanzaba hacia la parte trasera del autobús. Pero ella sabía que ellos sabían que estaba mostrando aquiescencia a un ritual de privación de su dignidad mientras avanzaba hacia el lugar del autobús «que le correspondía». Lo mismo era cierto en otros muchos contextos segregados. Considérense los lugares de trabajo en los que a los negros solo se les asignaban tareas de importancia ínfima. En numerosas interacciones con sus superiores blancos eran obligados a mostrar, de palabra y obra, que «sabían cuál era su lugar». Si se negaban a ello, eran despedidos, con lo que se señalaba a otros los peligros que comportaba dar muestras de «insolencia».

Sin embargo, cuando la humillación es institucionalizada, a menudo puede darse sin un encuentro directo cara a cara. Considérese, por ejemplo, el hotel o restaurante en el Sur de Jim Crow que proclamaban públicamente: «Entrada prohibida a los negros». Si un negro se atrevía a entrar de todos modos, podía estar seguro de que tendría que enfrentarse a un ritual enérgico de humillación, que culminaba con la policía sacándolo a la fuerza de allí como un intruso. Estas amenazas eran tan poderosas que durante décadas nadie se atrevió a desafiar la advertencia del letrero, lo que convertía en invisible la perspectiva de la humillación. Por este motivo, las sentadas en bares y restaurantes de comienzos de la década de 1960 desempeñaron un papel similar al acto de desafío de Rosa Parks en Montgomery: el de señalar al mundo que los negros ya no se dejarían intimidar por las amenazas de humillación.

Insisto en este punto para poner de relieve que la humillación institucionalizada puede continuar mucho tiempo después de que los restaurantes hayan retirado los letreros y de que los patronos ya no asignen explícitamente a los negros solo tareas de ínfima importancia. Aunque sean formalmente aceptados en el toma y daca de la vida en una u otra esfera social, es posible que tengan que hacer frente a una serie continua de encuentros humillantes con otros copartícipes que generen el mismo mensaje institucional despectivo. Aunque disminuyan las formas obvias de insulto racial, las mismas patologías pueden reaparecer de una forma más sutil.

Supóngase, por ejemplo, que nuestro hipotético jefe reacciona de un modo muy diferente según si el problema afecta a un blanco o a un negro. Cuando un trabajador blanco comete un error, lo convoca en privado a su despacho para intercambiar con él unas palabras. Cuando una mujer negra

comete un error similar, la humilla públicamente delante de sus iguales. No pasa mucho tiempo antes de que todos los empleados capten el obvio mensaje: «¡Cuidado mujeres negras! El menor error que cometáis se convertirá en un motivo para ridiculizaros».

Desde este punto de vista, la existencia de personas que llegan a tener mucho éxito en una u otra esfera no basta para desmentir la existencia de la humillación institucional. Durante los peores días del racismo, hombres como Ralph Bunche o Jackie Robinson podían establecer decisivamente su competencia en sus respectivos ámbitos sociales. Pero esto no eliminaba la presunción de incompetencia que exponía a muchos otros a una humillación diaria.

Igual que su equivalente individualista, la humillación institucionalizada es un asunto que se manifiesta por esferas. Puede que ya no sea una realidad importante cuando los negros entran en un hotel o restaurante, pero puede seguir estando profundamente arraigada en muchos lugares de trabajo y en muchas escuelas públicas de la nación. La única forma en que esto puede determinarse, como sugiere *Brown v. Board of Education*, es evaluando si los patrones que se manifiestan por esferas particulares son mejor «interpretados como una afirmación de la inferioridad del grupo negro».

Este será un tema recurrente en los próximos capítulos, pero de momento basta con una observación. Si bien puede que los negros ya no encuentren la humillación institucionalizada en algunas esferas de la vida del siglo XXI, este no era definitivamente el caso en el Sur de Jim Crow. Al contrario, allí y entonces los negros se encontraban con una serie de humillaciones esfera por esfera que se acumulaban en un menosprecio totalizador de su prestigio como adultos competentes. Esto les dejaba –en palabras de King– en una situación en la que «estaban constantemente luchando contra un sentido degenerador de "nulificación"»

La «Carta desde la cárcel de Birmingham City» de King plantea una cuestión fundamental: ¿subraya el régimen constitucional creado por la revolución de los derechos civiles el carácter totalizador de la subordinación negra? ¿O siguen las leyes-hito de la década de 1960 el ejemplo de *Brown* y tratan solo de eliminar la humillación institucionalizada en un determinado número de esferas estratégicas?

Esfericidad

Empecemos con la organización misma de la *Civil Rights Act*. La ley no contiene una declaración de principios abstractos de aplicación general. Incorpora explícitamente la esfericidad: el Título II trata de los establecimientos públicos; el Título IV, de la educación pública; el Título VII, del empleo, y así sucesivamente.

Centrémonos en la cuestión de los establecimientos públicos, ya que en capítulos posteriores trataremos otras esferas con mayor detalle. El debate sobre «la casa de huéspedes de la Señora Murphy» es particularmente revelador. Para el senador Dirksen y otros, la señora Murphy era una casera no precisamente imaginaria, que complementaba sus escasos ingresos alquilando unas cuantas habitaciones de su propia casa, pero que experimentaba un asco visceral compartiendo su espacio vital con los negros. ¿Requería el Título II que la señora Murphy venciera estos instintos racistas y actuase en lo sucesivo de acuerdo con un criterio no discriminatorio?

No, explicó Hubert Humphrey, utilizando la lógica por esferas de *Brown* para justificar una «exención» en casos como el de la señora Murphy:

> El propósito de esta exclusión es evidente: el Título II, como el proyecto de ley en su conjunto, está pensado para abarcar las manifestaciones más importantes de la discriminación. Está redactada de manera cuidadosa y es de naturaleza moderada. No hay en él ningún deseo de regular las relaciones personales o privadas. La denominada «disposición de la señora Murphy» resulta de un reconocimiento del hecho de que un determinado número de personas abren sus casas a unos huéspedes pasajeros, a menudo no como negocio regular, sino como una forma de complementar sus ingresos. Las relaciones que comportan dichas situaciones son clara e inequívocamente de una naturaleza mucho más personal e íntima que en el caso de los principales establecimientos comerciales[24].

Una vez más, la jurisprudencia sociológica proporcionaba el marco para la lógica de Humphrey: presentaba el «hogar» como la esfera característica de las relaciones «personales» y consideraba «evidente» que el hogar de la señora Murphy seguía siendo un lugar especial, aunque ella hubiese decidido ganar un poco de dinero «abriéndolo a huéspedes pasajeros». Su relación con sus huéspedes sería «inequívocamente» de carácter «más personal» que la que se daría en «un establecimiento comercial importante».

Compárese la consideración de Humphrey respecto a la señora Murphy con su negativa a tolerar la «humillación» impuesta al negro al que le dicen que «él no puede entrar en un hotel». Para él estaba muy claro que las dos exclusiones tenían un significado social diferente. Si bien una familia negra cansada podría experimentar un amargo resentimiento por la decisión de la señora Murphy, entenderían perfectamente que serían víctimas de la elección personal de esta, y esto es categóricamente diferente de la humillación institucionalizada impuesta por un empleado del hotel que los rechaza como parte de su forma habitual y estandarizada de proceder.

---

[24] 110th *Congressional Record*, 30 de marzo de 1964, p. 6534.

Nótese la confianza de Humphrey en que la diferencia entre estos casos es «evidente», «inequívoca»; nadie con el más mínimo sentido de la situación la negaría. Llegando a esta conclusión, Humphrey revigorizaba la lógica de Warren en *Brown*, volviendo sobre los pasos tres y cuatro de su gran dictamen.

En cambio, la defensa que hace Humphrey de la «exención de la señora Murphy» es desconcertante para los puntos de vista convencionales, que consideran *Brown* como una estación intermedia en el camino hacia unas teorías más elevadas de la protección igual. Empecemos con la antisubordinación. El problema en este caso es que el impacto acumulativo de las decisiones «personales» de muchas señoras Murphy puede representar una carga muy sustancial sobre los negros como grupo. Sin embargo, estos efectos agregados no son suficientes para convencer a Humphrey de ampliar el alcance de su preocupación legal: en la medida en que surjan debido a decisiones personales y no institucionales, estas quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley-hito.

Si bien la lógica de Humphrey tiene un objeto de atención más estrecho que la antisubordinación, es mucho más general que el enfoque anticlasificación tradicionalmente visto como su alternativa. La ley-hito prohíbe la discriminación en cientos de miles de establecimientos privados, aunque las leyes y los funcionarios gubernamentales se nieguen a respaldar estas prácticas racistas[25]. En cambio, la anticlasificación solamente examina las acciones del Estado y de sus representantes cuando los negros son identificados como objeto de un trato especial. Sin embargo, hablando en nombre de sus colegas, Humphrey descarta esta restricción fundamental, precisamente porque un conserje de hotel está humillando a un cliente negro cuando le niega una habitación, del mismo modo que lo hace un funcionario del gobierno cuando se niega a permitir que una persona negra entre en un edificio de propiedad pública.

Nótese cómo este compromiso fundamental contra la humillación institucionalizada solo entra en juego bajo unos presupuestos que operan por esferas. Supongamos, por ejemplo, que una persona negra es pobre, porque su antiguo patrono la despidió por motivos descaradamente racistas, en violación del Título VII. Sin embargo, el Título II no permite a la víctima del despido plantear esta legítima queja cuando pasa a la esfera de los establecimientos públicos. Si no tiene dinero para pagar la cuenta, el hotel puede legalmente negarse a prestarle un servicio. Solo si *tiene* dinero entra en juego el Título II.

[25] Sección 201(a).

¿Intervendrá el Tribunal?

Cuando el Congreso estaba negociando los términos del Título II en la primavera de 1964, los jueces estaban considerando los mismos temas en un caso pendiente. *Bell v. Maryland* ofrecía una oportunidad para reconsiderar la decisión histórica del Tribunal, tomada en 1883, de revocar la *Civil Rights Act* de 1875, la primera ley sobre establecimientos públicos de la nación. En estos *Civil Rights Cases*[26], el juez Joseph P. Bradley había declarado, como es sabido, que el Congreso no podía legislar contra «todo acto de discriminación que una persona considere apropiado llevar a cabo con respecto a los clientes a los que dé albergue, o con respecto a las personas a las que admita en su autocar, o taxi, o coche, o en su teatro o sala de conciertos, o con las que tenga trato en otras relaciones o negocios»[27].

Hablando en nombre de la mayoría declaró que la cláusula de protección igual se aplicaba solo a los estados, no a los individuos privados que actuaban en función de unas leyes neutrales. Su decisión codificaba una tricotomía básica surgida de la Primera Reconstrucción, que interpretaba las recientes enmiendas como una garantía de la igualdad civil y política, no de la igualdad social.

La principal herramienta que tenía el Tribunal Supremo del siglo XIX para distinguir lo civil de lo social era la propiedad privada. Cada ciudadano tenía el derecho civil fundamental de acudir a los tribunales y proteger su propiedad privada de la depredación de otros. Pero en la medida en que su propiedad estuviese legalmente segura, podía perseguir sus objetivos en el ámbito social sin que el gobierno federal le obligase a relacionarse con los negros de acuerdo con un criterio no discriminatorio.

Ya hemos visto al senador Dirksen instando al Congreso a ir más allá de los *Civil Rights Cases* en su discurso de ruptura con el obstruccionismo de junio de 1964[28]. Pero a partir del *New Deal* el Tribunal había empezado a socavar la línea que trazaba Bradley entre lo público y lo privado[29] y había continuado ampliando el alcance de la responsabilidad del Estado en una serie de casos sobre sentadas en 1963[30].

---

[26] *Civil Rights Cases*, 109 U.S., 1883, p. 3.

[27] *Ibid.*, pp. 24-25.

[28] Véase el capítulo 6.

[29] Véase, por ejemplo, *Smith v. Allwright*, 321 U.S., 1944, p. 649; *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S., 1948, p. 1; *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S., 1961, p. 715.

[30] *Peterson v. City of Greenville*, 373 U.S., 1963, p. 244; *Avent v. North Carolina*, 373 U.S., 1963, p. 375; *Lombard v. Louisiana*, 373 U.S., 1963, p. 267; *Gober v. Birmingham*, 373 U.S., p. 374; *Suttlesworth v. Birmingham*, 373 U.S., 1963, p. 262; *Wright v. Georgia*, 373 U.S., 1963, p. 284; *Bell v. Maryland*, 378 U.S., 1964, p. 226, era el caso principal y estaba relacionado con otros cuatro casos parecidos sobre sentadas: *Griffin v. State of Maryland*, 370 U.S., 1962, p. 935; *Barry v. City of Columbia*, 378 U.S., 1964, p. 146; *Robinson v. State of Florida*, 378 U.S., 1964, p. 153.

Bell v. Maryland tenía que ver con otra sentada, pero era de largo el caso más difícil. El tribunal de Maryland había obligado simplemente a cumplir una ley, neutral respecto a la raza, sobre violación de la propiedad, contra unos manifestantes que se habían negado a abandonar un restaurante de Maryland a petición del encargado. Si esto era suficiente para habilitar una acción del estado, los propietarios ya no podrían llamar a la policía sin aceptar su obligación respecto a la Cláusula de la Protección Igual. Los *Civil Rights Cases* serían finalmente enterrados.

El juicio oral del caso se celebró el 15 de octubre de 1963. Argumentando como experto a favor del Gobierno de Estados Unidos, el viceprocurador general Ralph Spritzer declaró que «el presidente está buscando […] una legislación que […] aborde los mismos problemas que subyacen en este tipo de litigios»[31]. Instó al Tribunal a darle al Congreso un mayor margen de maniobra liquidando el caso aduciendo un fundamento muy estrecho.

Esta petición de moderación se topó con una fría recepción en conferencia. Los jueces Brennan, Warren, Douglas y Goldberg querían asestar un golpe definitivo a la doctrina de la «acción del estado» postulada por los *Civil Rights Cases*[32]. Esto era inaceptable para el juez Black, que reunió una mayoría de cinco magistrados para defender la condena de las sentadas: «El mero hecho de que un establecimiento privado sirva a un gran segmento de público no significa que esté constitucionalmente obligado a servir a todo el mundo»[33].

Encontrándose como estaban en minoría, los cuatro magistrados progresistas se convirtieron en entusiastas partidarios de la limitación judicial. Esto es lo que dijo Goldberg en la siguiente sesión del juicio:

> Si permitimos la discriminación pública en los lugares públicos, estoy seguro de que retrasaremos la legislación indefinidamente. Nuestra sociedad tendrá entonces en su interior un virus maligno que la paralizará en la cuestión racial. Sería un mal servicio a la nación decidir este tema con una mayoría de cinco a cuatro. Hay una legislación pendiente. El argumento del gobierno federal no es inverosímil[34].

Tras el fracaso de esta petición, Brennan condujo a los cuatro progresistas a una serie de acciones dilatorias para dar al Congreso la oportunidad de

[31] «Transcript of Oral Argument», *Bell v. State of Maryland*, 378 U.S., 1964, p. 226 (nº 12).
[32] Más concretamente, los progresistas querían reafirmar las doctrinas muy amplias de *Shelley v. Kraemer* para erradicar la interpretación clásica de la limitación de la acción del estado, D. Dickson (ed.), *The Supreme Court in Conference (1940-1985)*, cit., pp. 720-727.
[33] Véase Hugo Black, «Draft Opinion in Bell v. Maryland», 5 de marzo de 1964, *Black Papers*, Box 377, Folder I, p. 2, Library of Congress.
[34] D. Dickson (ed.), *The Supreme Court in Conference (1940-1985)*, cit., pp. 722-723.

aprobar la *Civil Rights Act*[35]. Primero ganó tiempo persuadiendo al juez Stewart para que se uniera a los cuatro magistrados progresistas en una petición de un informe complementario del procurador general sobre «los temas constitucionales más generales que se han sometido a discusión»[36]. Cuando los magistrados conservadores permanecieron indiferentes ante el nuevo informe, los progresistas empezaron a bombardear a Black con dictámenes discrepantes, que le obligaron a revisar su borrador una y otra vez para apuntalar su pequeña mayoría[37]. Pero en mayo de 1964 Black estuvo finalmente en condiciones de pronunciarse con una categórica reafirmación de los *Civil Rights Cases*, solo para ver cómo el juez Clark desertaba en el último momento[38].

A comienzos de junio, Clark estaba haciendo circular un borrador que firmaba la sentencia de muerte de la doctrina de la acción estatal:

> Como dice el juez McLean en *United States v. McDaniel*, 7 Pet. I, 15 (1833): «La costumbre no puede modificar la ley, pero es una prueba de la interpretación que se hace de ella; costumbres […] que se han convertido en una especie de derecho consuetudinario […] regulan los derechos y deberes de aquellos que actúan dentro de sus respectivos límites». No conocemos ninguna otra costumbre que se haya convertido en «una especie de ley consuetudinaria» tan evidente como la conocida

---

[35] Seth Stern y Stephen Wermiel, *Justice Brennan: Liberal Champion*, Boston y New York, Houghton, Mifflin and Company, 2010, p. 218.

[36] Vénase los *Stewart Papers*, Group Nº 1367, Series No. 1, Box No. 199, Folder No. 2034, Yale University. El informe complementario del gobierno sostenía que la humillación institucionalizada debía imponerse a las nociones limitadas de responsabilidad estatal: «No estamos tratando aquí una acción individual, sino la costumbre pública, comunitaria, de negar a los negros la oportunidad de compartir la mesa con sus congéneres en lugares públicos para someterlos a un estigma de inferioridad como parte integral de la trama del sistema de castas tejida con los hilos del estado y de la acción privada», *Griffin v. State of Md.*, 378 U.S., 1964, p. 130, Supplemental Brief 36 (17 de enero de 1964), en *U.S. Supreme Court Records and Briefs*, http://bit.ly/2G1K8rx.

[37] Véase Bernard Schwartz, *Super Chief, Earl Warren and His Supreme Court: A Judicial Biography*, Nueva York, New York University Press, 1983, pp. 504-524, aunque discrepo del relato de Schwartz en algunos detalles. Este párrafo de uno de los borradores de Brennan da una idea de la consternación de los cuatro magistrados discrepantes: «Nosotros, miembros del Tribunal, no estamos tan alejados del mundo que nos rodea como para ignorar el debate en curso sobre la constitucionalidad del Título II si es aprobado. Naturalmente, el Tribunal limita adecuadamente su decisión a los casos que se le presentan, que plantean la cuestión constitucional en ausencia de dicha ley. Pero no podemos cerrar los ojos ante el hecho de que las opiniones rivales de hoy sobre la cuestión constitucional decidida entrarán inevitablemente en el debate y tal vez lo volverán confuso. Mis colegas han elegido, por lo tanto, el momento más inoportuno para cometer el error de querer decidir esta cuestión», Draft Dissenting Opinion en *Bell v. Maryland*, mayo de 1964, *Brennan Papers*, Box I: 97, Folder 8, pp. 1-2, Library of Congress. El borrador no contiene una fecha exacta, pero tuvo que haber circulado entre el 14 de abril, el día en que Brennan anunció por primera vez que redactaría un disenso, y el 27 de mayo, día en que empezó a redactar un dictamen para una mayoría de cinco magistrados, solo para perder la mayoría con la deserción de Clark a comienzos de junio.

[38] Véase Hugo Black y Elizabeth Black, *Mr. Justice and Mrs. Black*, Nueva York, Horizon Book Promotions, 1986, p. 92 (Elizabeth Black comenta la «esperanza» que tiene su esposo de que su dictamen para el Tribunal «estará listo el lunes 18»).

> por todos respecto a los restaurantes públicos. Millones de nuestros conciudadanos acuden a ellos con la expectativa de recibir un servicio. Nada tiene un apoyo más fuerte en la experiencia. Los que se comportan correctamente son siempre bienvenidos. En algunas comunidades las únicas excepciones son las de las personas de color. Este tratamiento consuetudinario se ha convertido, por consiguiente, en algunas comunidades en un estándar extraño a la Cláusula de Protección Igual[39].

Clark estaba siguiendo la senda trazada por Warren en *Brown v. Board of Education* (recuérdese el cuarto paso). Del mismo modo que el presidente del Tribunal Supremo consideraba que la segregación escolar era «normalmente interpretada como expresión de la inferioridad del grupo negro», Clark apelaba a las «expectativas» basadas en la «experiencia» cotidiana según la cual los restaurantes públicos «siempre acogen bien» a los clientes que se comportan «correctamente». Negándose a servir a los negros, el restaurante de Baltimore estaba menospreciando la capacidad de unos adultos de mantener unos estándares normales de conducta adulta. Este menosprecio de una competencia social básica es, como hemos visto, la esencia misma de la humillación institucionalizada[40]. No es ninguna sorpresa que Warren firmase entusiásticamente el dictamen de Clark, prediciendo que se convertiría en «un clásico»[41]. Después de todo, estaba declarando que la humillación institucionalizada que se producía en el mercado privado podía, como la que condenaba *Brown*, dar lugar a violaciones del derecho basado en precedentes judiciales de la Cláusula de Protección Igual.

El 11 de junio, Clark había obtenido una mayoría[42]. Este era un momento crucial: por un voto de cinco a cuatro, el Tribunal estaba a punto de trascender decisivamente la Primera Reconstrucción, con Clark instando al Congreso a dar los «pasos necesarios» para promulgar reglas claras que «satisfagan las necesidades de la situación»[43]. Casi al mismo tiempo, el 10 de junio, Dirksen y sus Republicanos estaban rompiendo el obstruccionismo sureño. Con la mejora de las perspectivas de una aprobación final, el dictamen de Clark para el Tribunal habría proporcionado al Título II una fundamentación constitucional digna de la Segunda Reconstrucción, erradicando los restos de las nociones limitadas de responsabilidad estatal heredadas del siglo XIX.

---

[39] Véase Tom Clark, «Draft Opinion in *Bell v. Maryland*», *Douglas Papers*, Box 1312, Folder 4, Library of Congress.

[40] Véase el texto que acompaña a la nota 23 supra.

[41] Earl Warren, nota escrita a mano a Tom Clark, *Clark Pap*ers, Box 151, Folder 3, Tarlton Law Library, University of Texas.

[42] B. Schwartz, *Super Chief, Earl Warren and His Supreme Court: A Judicial Biography*, cit., p. 523. Warren escribió a sus colegas: «En vista de la discusión en la sesión de hoy en la que el juez Clark declaró que él y otros cuatro jueces estaban de acuerdo con un dictamen del núm. 12 –*Bell v. Maryland*– y en la medida en que ha hecho circular una opinión en el núm. 12, este caso y los demás casos sobre la sentada controlados por él se asignan al juez Clark». Earl Warren, «Memorandum to the Brethren in Bell v. Maryland», 11 de junio de 1964, *Douglas Papers*, Box 1313, Folder 16, Library of Congress.

[43] Véase T. Clark, «Draft Opinion in Bell v. Maryland», borrador del dictamen, cit., p. 14.

Pero en el último momento William Brennan desertó de la mayoría de Clark y guió al Tribunal en una dirección diferente. Su temor era que «si seguimos adelante con *Bell v. Maryland* sobre una base constitucional, acabaremos con la ley de derechos civiles»[44]. Dicho muy simplemente: existía el riesgo de que los senadores sureños utilizasen el dictamen de Clark para persuadir a los indecisos a bloquear la aprobación final: ¿para qué impulsar el Título II, sostenían, cuando el Tribunal ya había hecho el trabajo del Congreso?

Si esta táctica hubiese funcionado, habría desmoralizado gravemente a los dirigentes políticos y al movimiento por los derechos civiles justo cuando estaban a punto de satisfacer la demanda del pueblo estadounidense de la necesidad de comenzar de nuevo en lo referido a las cuestiones raciales. Aún peor, una decisión del Tribunal Supremo por cinco votos frente a cuatro habría sido mucho menos efectiva que una orden del Congreso a la hora de acabar con el régimen de Jim Crow, especialmente teniendo en cuenta que los segregacionistas podrían haber utilizado el enérgico disenso de Black para iniciar otra ronda interminable de oposición.

Nada de esto era cierto, por supuesto: el ímpetu de la ley era lo bastante grande como para superar esta última barrera a su aprobación. Sin embargo, el riesgo era lo suficientemente serio como para llevar a Brennan a discrepar del dictamen de Clark. En un giro estratégico final, unió fuerzas con el juez Stewart, que previamente había adoptado la línea conservadora de Black, para construir una nueva mayoría a favor de un dictamen que no decía *absolutamente nada* acerca del futuro de la doctrina de la acción estatal[45]. Su nuevo dictamen se aferraba al hecho de que Baltimore había aprobado recientemente una prohibición local sobre la discriminación en los establecimientos públicos, abriendo la posibilidad de que los tribunales estatales invalidasen las condenas a los manifestantes en virtud del régimen ahora revocado. Remitiendo el caso a Maryland para que decidiese, el dictamen de Brennan dejaba al margen al Tribunal, mientras el presidente y el Congreso llegaban a sus propias conclusiones constitucionales.

---

[44] Howard Ball y Phillip J. Cooper, *Of Power and Right: Hugo Black, William O. Douglas, and America's Constitutional Revolution*, Oxford, Oxford University Press,1992, p. 168 (cita sacada de una entrevista personal con William Brennan, 29 de octubre de 1986).

[45] William Brennan, «Opinion in Bell v. Maryland», 16 de junio de 1964, *Warren Papers*, Box 511, Folder 4, Library of Congress. Era fácil para Brennan moverse rápidamente, ya que había redactado un borrador utilizable en una fase mucho más temprana de las deliberaciones, cuando Black todavía tenía su mayoría intacta y los magistrados progresistas estaban tratando de frenar su impulso. «Draft Dissent in Bell v. Maryland» mayo de 1964, *Brennan Papers*, Box I: 97, Folder 4, Library of Congress. La deserción de Brennan provocó el «estupor» de Douglas, que en una carta personal le explicó a Brennan por qué no podía firmar su nuevo dictamen mayoritario. Véase la carta a William Brennan del 3 de junio de 1964, *Douglas Papers*, Box 1313, Folder 16, Library of Congress. En un memorándum redactado con contundencia Douglas describía el dictamen final de Brennan como «el producto de su plan para mantener al Tribunal al margen de la decisión sobre la cuestión constitucional básica de la Decimocuarta Enmienda». «Memorandum for the Files, Bell v. Maryland», 20 de junio de 1964, *Douglas Papers*, Box 1313, Folder 16, Library of Congress.

Este relato golpe a golpe da una idea de la excepcional fluidez de la relación Tribunal-Congreso en un momento clave del proceso de la legislación de carácter superior. Para decirlo en dos palabras: el Tribunal no evisceró los *Civil Rights Cases* en *Bell v. Maryland* solamente porque decidió que era preferible que hiciesen el trabajo las instituciones políticas.

Los jueces hicieron bien en mantenerse al margen. Su contención significaba que el presidente Johnson y su Congreso liberal tenían que asumir la plena responsabilidad en el asalto al régimen de Jim Crow, dejando que Barry Goldwater formulase su crítica constitucional durante la campaña presidencial. Esto dejó en manos de los votantes la decisión sobre el futuro de la nación; o respaldaban la visión de Johnson de un régimen *New Deal*-Derechos Civiles o la crítica radical de Goldwater a las premisas del *New Deal*. En cambio, si el dictamen de Clark se hubiese impuesto, el avance igualitario en la esfera de los establecimientos públicos habría parecido un regalo de Nosotros, el Tribunal Supremo, y no de Nosotros, el Pueblo, dejando a Goldwater en la incómoda posición de atacar al Tribunal, y no solo a Johnson, pidiendo a los votantes que rechazasen la visión de la Constitución más favorable a los derechos civiles.

Sin embargo, el ejercicio de contención del Tribunal impone unas responsabilidades especiales a los estadounidenses de hoy cuando miramos medio siglo atrás para recoger el legado de los derechos civiles. Por lo que concernía a los jueces, la única forma de acabar con la discriminación del sector privado era ampliar el alcance de la Cláusula de Protección Igual más allá de los límites de la acción estatal establecidos en los *Civil Rights Cases*. Pero una vez que se retiraron de la refriega, abrieron la puerta para que el Congreso cumpliese el mismo objetivo tomando un camino doctrinal alternativo: podía apelar a la Cláusula de Comercio del *New Deal* para eliminar la barrera clásica que aislaba a la empresa privada de las responsabilidades igualitarias. Del mismo modo que el Congreso de Roosevelt utilizó su poder para promulgar una ley nacional del salario mínimo, el Congreso de Johnson podía hacer la misma apelación para garantizar el acceso igual de los estadounidenses negros a los establecimientos públicos. Al fin y al cabo, restaurantes y hoteles tienen invariablemente conexiones con la economía interestatal, tanto por los productos que compran como por los clientes a los que sirven. Aunque las empresas individuales podían tener vínculos interestatales muy débiles, incluso la más pequeña conexión era suficiente en virtud de los precedentes sentados por el Tribunal del *New Deal*[46]. Esto significaba que el Congreso no tenía que rechazar los *Civil Rights Cases* para respaldar su nueva *Civil Rigths Act*. La ruta alternativa tenía una gran ventaja pragmática: los progresistas del Congreso podían

[46] *U.S. v. Darby*, 312 U.S., 1941, p. 100; *Wickard v. Filburn*, 317 U.S., 1942, p. 111.

estar totalmente seguros de que el Tribunal respaldaría su ley-hito de acuerdo con la Cláusula de Comercio, ya que ninguno de los magistrados de turno mostraba inclinación alguna a desafiar las decisiones del *New Deal*. En cambio, como revela la historia entonces secreta de *Bell v. Maryland*, el Congreso hubiese corrido un gran riesgo si se hubiese basado exclusivamente en su afirmación de que los restaurantes y hoteles privados estaban violando la protección igual al negarse a servir a los negros. ¿Por qué correr, pues, el riesgo de un veto judicial cuando la Cláusula de Comercio era una baza segura?

Este imperativo pragmático alimentó la estrategia aplicada tanto por el gobierno como por los progresistas del Congreso durante todo el proceso legislativo. Al definir el alcance del Título II, la ley-hito codificaba una interpretación amplia de la acción estatal que tenía su base en decisiones recientes del Tribunal, pero que no iba más allá para repudiar toda la doctrina.[47] Para alcanzar una cobertura universal, añadía otra disposición que incluía entusiásticamente la definición expansiva de comercio del *New Deal*, y que cubría, por ejemplo, restaurantes y hoteles que «*ofrezcan* sus servicios a viajeros interestatales» (el subrayado es mío), o a teatros y estadios, que «habitualmente presenten películas, actuaciones, partidos […] u otras fuentes de entretenimiento que entren en la definición de comercio [interestatal][48].

* * * * *

El énfasis del Congreso en el comercio tuvo unas consecuencias cruciales cuando el Tribunal Supremo pasó a considerar la constitucionalidad de la *Civil Rights Act* en sus decisiones relativas a *Heart of Atlanta Motel v. United States* y *Katzenbach v. McClung*. El choque del Tribunal con los temas fundamentales se produjo con una velocidad de vértigo: el presidente Johnson firmó el proyecto de ley el 2 de julio, y el 5 de octubre los magistrados aún estaban debatiendo los argumentos finales; el 14 de diciembre dictaron sentencia respaldando la ley por unanimidad, poco más de un mes después de que las objeciones constitucionales de Goldwater hubiesen sido enterradas por la aplastante victoria electoral de noviembre.

---

[47] La Sección 201 (d) define la acción estatal generosamente incluyendo cualquier lugar público de alojamiento en el que «se produzca una discriminación o segregación (1) por el color de la piel en cualquier ley, reglamento, ordenanza o norma; o (2) por el color de la piel en cualquier uso o costumbre exigida por funcionarios estatales; o (3) requerida por la acción estatal».

[48] La Sección 201 (b) (3) estipula: «El funcionamiento de un establecimiento [está regulado por] este título si […] sirve u ofrece servir a los viajeros interestatales una porción considerable de la comida que sirve, o si la gasolina u otros productos que venda han formado parte del comercio [interestatal]; […] si presenta habitualmente películas, actuaciones o partidos deportivos, exhibiciones u otras fuentes de entretenimiento que entren en la definición de comercio; [o si] […] está físicamente situado dentro de las instalaciones de un establecimiento cuyas operaciones afectan al comercio [interestatal].

¡Cómo pueden cambiar las cosas en cinco meses! El anodino dictamen del juez Brennan en *Bell v. Maryland* había sido anunciado en junio, disimulando la retirada a última hora de la mayoría del dictamen de Clark, que evisceraba la doctrina de la acción estatal. Desde entonces el Congreso había destruido decisivamente esta antigua limitación, imponiendo obligaciones igualitarias a un montón de empresas privadas en nombre de la Cláusula de Comercio del *New Deal*. Emitiendo un juicio constitucional en diciembre, ¿cumpliría el Tribunal presidido por Warren la promesa del dictamen de Clark y utilizaría la ocasión para sentar nuevos fundamentos para la protección igual apropiados para la Segunda Reconstrucción?

Todo dependía de cómo valorase el Tribunal el interés a corto plazo frente al desarrollo a largo plazo. Si la mayoría de Warren utilizaba *Heart of Atlanta Motel v. United States* para rechazar los *Civil Rights Cases*, una cosa estaba clara: su dictamen provocaría un acalorado disenso por parte del juez John Harlan y tal vez de los otros jueces que habían discrepado en junio[49]. Esto podía tener serias consecuencias a corto plazo, pues los racistas sureños estaban continuando su violenta campaña contra la ley, y un fuerte disenso alentaría una extrema resistencia a continuar. En cambio, ya hacía tiempo que Harlan había hecho las paces con la Cáusula de Comercio del *New Deal*. Estaba perfectamente dispuesto a unirse a un dictamen unánime confirmando la revolución de los derechos civiles sobre la base de la revolución de Roosevelt. Dados los imperativos pragmáticos del momento, no es ningún misterio que el Tribunal eligiera la unanimidad y se basase exclusivamente en la Cláusula de Comercio para confirmar las disposiciones de la ley sobre los establecimientos públicos, dejando que el juez Douglas y el juez Goldberg explorasen las implicaciones de la protección igual en los dictámenes concurrentes.

Pero desde la perspectiva a largo plazo, el giro estratégico del Tribunal Supremo generó unos dictámenes notablemente superficiales[50]. Cuando los juristas actuales recurren a los *United States Reports* para considerar el significado perdurable del gran avance igualitario del siglo XX, encuentran textos que tratan la ley-hito como si se ocupase de regulaciones comerciales rutinarias. Si bien puedo entender los imperativos pragmáticos que llevaron a este paradójico resultado, ya es hora de que consideremos un dictamen alternativo, un dictamen que avanzó mucho por el camino establecido por *Brown*, reafirmado por King y Humphrey y Dirksen en su exitosa batalla por la *Civil Rights Act* y proseguido por Clark en su dictamen no publicado en *Bell v. Maryland*:

---

[49] Véase cap. 4, nota 24.

[50] Owen Fiss fue uno de los primeros en ver la importancia de este giro en su artículo «The Face of an Idea Whose Time Has Come: Antidiscrimination Law in the Second Decade After Brown v. Board of Education», *The University of Chicago Law Review*, vol. 41, 1974, pp. 742, 747.

Los *Civil Rights Cases* de 1964 (*Hearts of Atlanta/McClung*)

El juez Brennan expuso el dictamen de la Corte:

En *Plessy v. Ferguson*, la mayoría de este Tribunal se negó a reconocer que la segregación racial «estampillaba a la raza de color con un sello de inferioridad». Declaraba que la humillación impuesta a los negros no tenía su fuente en «nada que se encontrase en la ley [que establecía la segregación], sino solamente en el hecho de que la raza de color elige poner esta construcción sobre ella».

Brown rechazaba este punto de vista. Negaba el mito de que los escolares y sus padres «eligen» voluntariamente el significado social dominante impuesto sobre ellos por las instituciones en las que viven. Sostenemos que la Decimocuarta Enmienda requería de nosotros que mirásemos más allá de los códigos legales para ver las humillaciones diarias generadas por las escuelas segregadas en los niños negros.

El planteamiento de *Brown* ha sido ahora reafirmado y ampliado en las disposiciones sobre los establecimientos públicos de la reciente *Civil Rights Act*. Como explicó el senador Humphrey:

> A la mayoría de nosotros nos resulta difícil comprender las monstruosas humillaciones y molestias que impone la discriminación racial a nuestros conciudadanos negros. Si un hombre blanco tiene sed en un día caluroso, entra en el bar o heladería más cercano. Si tiene hambre, va al restaurante más cercano. Si necesita un baño, puede ir a la gasolinera más cercana. Si es de noche y está cansado elige entre los moteles y hoteles disponibles en cuál pernoctará.
>
> Pero para un negro las cosas son diferentes. Si trata de conseguir un vaso de té helado en una barra de bar puede acabar siendo insultado y ofendido, a menos que esté dispuesto a quitarse de en medio y a seguir su camino, tal vez hasta el otro extremo de la ciudad. Nunca puede contar con que podrá utilizar un lavabo, conseguir un lugar decente para pernoctar o comprar una buena comida. Estos son asuntos triviales en la vida de una persona blanca, pero para aproximadamente veinte millones de negros estadounidenses son consideraciones importantes que deben planificar detalladamente[51].

En su calidad de defensor del proyecto de ley, Humphrey habla para un Congreso decidido a poner fin a este patrón omnipresente de «insultos y ofensas» impuesto a nuestros conciudadanos. Del mismo modo que *Brown* condenaba la humillación institucionalizada en las escuelas públicas, la *Civil Rights Act* la condena en los establecimientos públicos. Pero al generalizar el principio de antihumillación de *Brown* a nuevas esferas de la vida social, la nueva ley requiere que reconsideremos otro precedente del siglo XIX que, como *Plessy*, ha limitado hasta ahora la interpretación dominante de la cláusula de protección igual.

---

[51] Véase 110th *Congressional Record*, 30 de marzo de 1964, pp. 6531-6532.

Los *Civil Rights Cases* de 1883 revocaron el primer intento del Congreso de promulgar una ley sobre establecimientos públicos de carácter nacional. Según la opinión mayoritaria, la cláusula de protección igual solamente autorizaba al Congreso a actuar contra la discriminación practicada por funcionarios estatales y no contra la practicada por los encargados de los establecimientos privados. En la medida en que las empresas privadas utilizasen normas de admisión no relacionadas con el color de la piel para mantener a los negros en su lugar, el Congreso no podía detenerlos. Esta decisión había afectado profundamente subsiguientes interpretaciones de las Enmiendas de la Reconstrucción. Según el punto de vista que ahora es tradicional, estas enmiendas tenían unas ambiciones limitadas: solo pretendían garantizar los derechos políticos y civiles y no exigían igualdad en la esfera más amplia de la vida social. Pero como declaró el senador Dirksen al respaldar la nueva *Civil Rights Act*, «nuestro país ha cambiado desde la decisión del Tribunal Supremo de 1883»[52].

Estamos de acuerdo. Dado nuestro respeto por el principio del *stare decisis*, podríamos haberlo pensado un poco antes de rechazar por nuestra cuenta los *Civil Rights Cases*. Pero teniendo en cuenta la motivación primaria del Congreso al aprobar su nueva ley, ya no podemos aceptar la interpretación restrictiva que hacía el siglo XIX de los compromisos constitucionales de la nación. Igual que *Plessy*, los *Civil Rights Cases* no tienen en cuenta los males provocados por la humillación institucionalizada; estos males son igual de reales tanto si los generan unos restaurantes de propiedad privada como unas escuelas públicas. Pese a los *Civil Rights Cases*, la cláusula de protección igual proporciona al Congreso un sólido fundamento a su decisión de imponer obligaciones igualitarias radicales a las empresas privadas que ofrecen servicios al público en general en el mercado.

Como cuestión técnica legal, también podemos defender la ley de establecimientos públicos a tenor de la cláusula de comercio. Pero esta disposición no expresa adecuadamente los ideales constitucionales que inspiraron al Congreso y al Presidente, hablando en nombre del pueblo estadounidense, para promulgar su ley. Durante todo el siglo XX, la cláusula de comercio ha servido como fundamento de una serie de intentos legislativos de corregir diversos fallos del mercado, que socavan el bienestar público. Pero la ley actual tiene un objetivo diferente: se trata de un avance decisivo en la larga lucha de esta nación por la igualdad racial y solo podemos hacer justicia a su trascendencia considerando su relación con los principios fundamentales de la protección igual.

Confirmando la autoridad del Congreso para ampliar el alcance de la protección igual al mercado, reconocemos plenamente la importancia que tiene el hecho de preservar esferas de la vida privada reservadas

---

[52] Véase el capítulo 6, que concluye con un pasaje del discurso de Dirksen, que pone de manifiesto la habilidad con que el senador combina sus dos puntos al argumentar a favor de un cambio constitucional fundamental.

> a elecciones libres que parecen arbitrarias, e incluso despreciables, al ciudadano en general. Pero a lo largo del siglo XX se ha hecho cada vez más evidente que solamente determinados tipos de propiedad privada son ámbitos de relaciones verdaderamente personales. En el presente caso, por ejemplo, el Congreso eximió cuidadosamente a los propietarios que tenían un legítimo interés en salvaguardar su privacidad al alquilar una habitación a un viajero. Pero no estamos ante un interés similar cuando el encargado del Heart of Atlanta Motel le niega a un negro una habitación que para otros está disponible. De ello solo se desprende la implicación insultante de que el negro no es lo bastante bueno para ser servido.
>
> Nos unimos al Congreso considerando que este ataque a la dignidad es constitucionalmente inaceptable y que el Estado es responsable de ponerle fin.

He designado al juez Brennan como autor de este hipotético dictamen, porque se basa en el modelo de constitucionalismo colaborativo que desarrolló en *Katzenbach v. Morgan*[53]. Es precisamente este modelo colaborativo el que sirve como fundamento de la reformulación que propongo yo del canon de los derechos civiles.

Mi versión de los *Civil Rights Cases* de 1964 también cristaliza tres temas para su elaboración en el resto del libro, que va más allá de los establecimientos públicos para dedicar capítulos separados a las respectivas evoluciones acaecidas en las esferas del voto, el empleo, la vivienda, la educación pública y el matrimonio.

Un primer tema afronta los límites del principio de antihumillación. Hablando en general, sirve para definir una línea base mínima, que prohíbe las formas características de degradación institucionalizada. Pero la eliminación de la humillación apenas garantiza la igualdad de oportunidades y mucho menos la igualdad de los resultados.

Ya hemos visto, por ejemplo, que un jefe puede muy bien negarle a un trabajador una oportunidad igual para un ascenso, aunque nunca le humille ante sus colegas. Ampliaremos este punto al emprender nuestro análisis esfera por esfera. Si bien la ley va en cada área más allá de la antihumillación, adopta una variedad de métodos legales y tecnocráticos para conseguir sus fines igualitarios. Al trabajar sobre esta diversidad de enfoques, confío en cumplir con una de las afirmaciones básicas del libro: que la revolución de los derechos civiles no puede resumirse en una simple fórmula válida para todos los casos. Nos ha dejado un complejo legado de antihumillación y unos principios igualitarios más ambiciosos, que requieren un sofisticado despliegue de técnicas legales para su realización.

---

[53] Véase el capítulo 6.

Un segundo tema interroga mi premisa principal. Aunque el enfoque esfera por esfera es central en mi presentación, ¿hace realmente justicia a las leyes-hito y a las grandes decisiones judiciales del periodo? ¿Culminó el momento constitucional con una decisión del presidente, el Congreso y el Tribunal Supremo de rechazar la esfericidad en nombre de algo más grande, tal vez la antisubordinación, tal vez la anticlasificación?

Un tercer tema afronta otra afirmación fundamental, la de que las leyes-hito merecen un lugar central en el canon de los derechos civiles. Incluso concediendo esto, mi enfoque metodológico no clarificará algunas grandes cuestiones interpretativas. Mientras que el Congreso y el presidente asumieron el liderazgo constitucional en muchas esferas, sus leyes-hito dejaron a los Tribunales de Warren y Burger la tarea de abordar temas clave en otras esferas sin ofrecer para ello una orientación legislativa. Este punto básico requiere que dividamos el resto del libro en dos partes. Esta Segunda parte trata de las esferas en las que las leyes-hito desempeñaron un papel decisivo a la hora de definir los compromisos constitucionales de la nación estadounidense. La Tercera Parte considera las esferas en las que los jueces se vieron obligados a llenar determinados vacíos fundamentales.

VIII
ESFERAS DE CÁLCULO

Todo el mundo entiende lo que es la humillación. No hace falta tener un título universitario para ver que la discriminación sistemática en restaurantes o estadios deportivos puede despojar a la gente de su dignidad. Cuando el Tribunal en *Brown* y el Congreso en la *Civil Rights Act* prohibieron estas prácticas estaban traduciendo la Constitución a una orden de sentido común: *No humillarás.* Aunque los racistas se resistiesen, no estaban en desacuerdo acerca de la realidad de estos rituales de degradación; al contrario, los reconocían como esenciales para mantener a raya a los negros.

Pero una simple prohibición de la humillación institucionalizada no basta. Considérese el hecho de votar. Es cierto, por supuesto, que los negros del sur del país tuvieron históricamente una recepción humillante si tenían el coraje de registrarse para votar. Pero aunque los funcionarios les tratasen con dignidad en el futuro, esos mismos funcionarios podían manipular las pruebas de alfabetización y otros dispositivos similares para apartarlos de las urnas. Es fácil desarrollar escenarios similares en otras esferas; piénsese en el racismo implícito que se produce cuando un agente inmobiliario dirige educadamente a un cliente negro a un barrio «apropiado» para él, y así sucesivamente.

Estas realidades omnipresentes llevaron a las leyes-hito más allá de la antihumillación y hacia unos objetivos más ambiciosos, concretamente hacia el de una real igualdad de oportunidades. Este objetivo no podía alcanzarse sin un cambio registrado desde los tribunales a las agencias administrativas como principales agentes del cambio. Del mismo modo que el *New Deal* creó el National Labor Relations Board (Consejo Nacional de Relaciones del Trabajo, NLRB) y la Securities and Exchange Commission (Comisión de Bolsa y Valores, SEC) para llevar a cabo sus misiones reguladoras, la normativa sobre los derechos civiles también se apoyó en una serie de agencias similares a las creadas por Roosevelt para conseguir la justicia racial: la Equal Employment Opportunity Commission (Comisión de Igualdad de Oportunidades en

el Empleo, EEOC), el Department of Housing and Urban Development (Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano, HUD), y el Department of Health, Education, and Welfare (Departamento de Salud, Educación y Bienestar, HEW). En realidad, al crear estos diferentes entornos administrativos de actuación sobre las diferentes esferas de la vida política y social esta normativa innovadora desplegó una gran creatividad, ya que no se limitó meramente a copiar los modelos del *New Deal*. Estos diseños diversos propiciaron el desarrollo de reglas y principios específicos, que se aplicaron en las diversas esferas mencionadas.

Exploraremos estas diferencias en los capítulos que siguen, pero por ahora quiero subrayar una similitud general. El régimen de los derechos civiles fomentó un estilo administrativo característico que implicaba el *gobierno por los números*. Esta forma tecnocrática representaba un desafío fundamental al discurso legal estándar, que tradicionalmente abordaba los temas constitucionales de una forma cualitativa, operando las tensiones resultantes como motivo recurrente.

El gobierno por los números tenía raíces profundas en el pasado. En fecha tan temprana como 1887, la Comisión de Comercio Interestatal estudiaba los números para determinar si los ferrocarriles estaban explotando a los exportadores y a los consumidores y, como es sabido, los artífices del *New Deal* pusieron de relieve la competencia de sus nuevas agencias, que a menudo formularon regulaciones en términos cuantitativos. Sin embargo, la década de 1960 dio a la empresa una nueva forma y una nueva legitimidad. Era el comienzo de la era del ordenador, que aumentó enormemente la capacidad burocrática de recoger datos de una forma sistemática y continua. En realidad, los expertos de las agencias podían ahora construir modelos matemáticos, que transformarían sus datos en indicadores económicos y sociales concluyentes[1].

Estos intentos de modelización dieron a la tecnocracia una nueva credibilidad en el gobierno, desde el Departamento de Defensa de Robert McNamara al Consejo de Asesores Económicos de Walter Heller. Pero generó una promesa especial –y unos problemas especiales– para los derechos civiles.

En el lado positivo, el gobierno por los números proporcionó un nuevo camino entre los interminables tecnicismos y la confusión de los pleitos y del lenguaje legal. Ofreció la posibilidad de unos indicadores cuantitativos nítidos, que podían identificar desapasionadamente con exactitud los

[1] Sobre las implicaciones generales de esta revolución intelectual, véase Mary Morgan, *The World in the Model: How Economists Work and Think*, Cambridge, Cambridge Universtiy Press, 2012 (economía); B. Ackerman, *Reconstructing American Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1984 (derecho).

problemas más graves del mundo real y proporcionar una medida objetiva de progreso en su erradicación.

En el lado negativo había que anotar que el principio de antihumillación de *Brown v. Board of Education* solo tenía sentido formulado en términos cualitativos, lo cual requería que jueces y administradores se implicaran en unas interpretaciones texturizadas del significado social para determinar si una práctica social estigmatizaba sistemáticamente a los negros o a otros grupos. Estos juicios cualitativos escapaban previsiblemente a las valoraciones numéricas de resultados mensurables y generaban un problema característico: ¿cómo gestionar la tensión emergente entre cantidad y calidad, entre tecnocracia y juicio situado, para alcanzar la sociedad más igualitaria que exigía el pueblo estadounidense?

No tiene nada de sorprendente que Congresos, presidentes, agencias y tribunales hayan tenido dificultades a la hora de sintetizar cantidad y calidad de una manera satisfactoria. Diferentes leyes-hito alcanzaron diferentes acomodaciones en diferentes áreas con diferentes grados de éxito, con el Tribunal Supremo jugando un papel particularmente desastroso al final de la segunda década de *Brown* en el famoso caso *Milliken v. Bradley*. Dejaré el aspecto más oscuro de la historia para la Tercera Parte, y me centraré primero en esferas en las que el gobierno tecnocrático alcanzó grandes éxitos, empezando por el derecho al voto.

Empiezo con una perspectiva revisionista sobre las Enmiendas de la Reconstrucción, poniendo de relieve cómo la ausencia de un aparato burocrático contribuyó a su fracaso en el siglo XIX. Considero, luego, cómo un gobierno administrativo moderno contribuyó a garantizar el éxito de la Segunda Reconstrucción, y utilizaré este marco para organizar el relato sobre los derechos al voto alcanzados por las leyes-hito de 1965 y 1970.

El fracaso de la Reconstrucción Republicana

De acuerdo con el relato legal convencional, no había nada fundamentalmente erróneo en la forma en que las tres grandes Enmiendas de la Reconstrucción pretendían garantizar la igualdad a los esclavos liberados. El verdadero problema surgió más tarde, cuando el Tribunal Supremo y los políticos de la nación traicionaron los compromisos asumidos por el pueblo después de la Guerra Civil.

Mi punto de vista es más sombrío: las enmiendas estaban condenadas desde el principio. El núcleo del problema era su enfoque formalista. Dad a los libertos el derecho formal a votar; dadles el derecho formal a defenderse ellos mismos ante los tribunales, y tendrán todas las herramientas

necesarias para proteger sus intereses frente a sus antiguos dueños blancos, o eso sugerían las enmiendas. No había necesidad de más transformaciones económicas o sociales radicales.

Esta premisa clave, como es sabido, fue denunciada por Republicanos radicales como Thaddeus Stevens y Charles Sumner, que instaron al Congreso y al país a ir más allá de estos formalismos superficiales. Dado que los esclavos habían sido el fundamento de la riqueza de los estados sureños, los libertos tenían que llevarse finalmente la parte que les correspondía: «cuarenta acres y una mula». Dado que previamente había sido un delito que los esclavos aprendiesen a leer, ahora tenían derecho a una educación pública y gratuita[2].

Según el punto de vista radical, se necesitaría al menos una generación para que una nueva estirpe de libertos educados y propietarios pudiesen hacer frente efectivamente a sus antiguos dueños. Las Enmiendas de la Reconstrucción estaban condenadas al fracaso; sus orgullosos legalismos disfrazaban la realidad de la subordinación negra tras la promesa formal de una ciudadanía igual. Esto es lo que dijo Thaddeus Stevens denunciando a sus colegas de la Cámara de Representantes justo cuando estos estaban a punto de votar la Decimocuarta Enmienda.

> En mi juventud, en mi madurez, en mi vejez, había soñado ingenuamente que cuando un afortunado azar rompiese por un tiempo los fundamentos de nuestras instituciones, y nos liberase de nuestras obligaciones, las más tiránicas que jamás han impuesto los hombres en nombre de la libertad, los hombres inteligentes, puros y justos de esta República, como es propio de sus profesiones y sus conciencias, habrían remodelado todas nuestras instituciones para liberarlas de todo vestigio de opresión humana, de desigualdad de derechos, de la reconocida degradación de los pobres y de la casta superior de los ricos. En suma, que no se toleraría ninguna distinción en la República purificada excepto las que surjan del mérito y la conducta. El brillante sueño se ha desvanecido «como la estructura sin fundamento de una visión». Considero que estaremos obligados a contentarnos con remendar las partes más dañadas del antiguo edificio, y dejar que muchas de sus partes sean barridas por las tempestades, las heladas y las tormentas del despotismo[3].

Stevens tenía razón, pero los constitucionalistas modernos no están interesados en su diagnóstico. Su premisa tácita es que las Enmiendas de la Reconstrucción eran fundamentalmente sólidas. Reservaban sus críticas para las últimas decisiones del Tribunal en *Plessy v. Ferguson* y otros casos

---

[2] Véase Michael Les Benedict, *A Compromise of Principle: Congressional Republicans and Reconstruction, 1863-1869*, Nueva York, W. W. Norton, 1974, p. 241.
[3] *Congressional Globe*, 39th Cong., 1st Sess., 13 de junio de 1866, p. 3148.

que consolidaban a Jim Crow en el Sur. Detrás de su crítica más severa está la noción ingenuamente optimista de que unos mejores dictámenes del Tribunal Supremo podrían haber superado los profundos fracasos económicos y educacionales de la Reconstrucción.

Pero si los Radicales tenían razón, hemos de preguntarnos *por qué* no consiguieron arrastrar al país tras ellos. Pese a su inmenso prestigio como líderes morales y políticos, Stevens y Sumner se toparon con un gran escollo. El gobierno federal de la década de 1860 carecía de una burocracia civil seria capaz de proteger a los libertos durante el largo periodo en el que estos no pudieran protegerse por ellos mismos. Esto significaba que solo había una manera de implementar el plan radical: dado que la única burocracia federal entonces existente era la militar, la única forma de proteger a los negros era ocupar militarmente el Sur durante décadas.

Esta desastrosa perspectiva horrorizó a millones de Republicanos que de otro modo podrían haber respaldado el programa radical. Una ocupación militar continuada contradecía totalmente los ideales republicanos de autogobierno. Cuando Stevens denunciaba de manera elocuente el viejo orden constitucional como el «más tiránico» jamás «impuesto en nombre de la libertad», ¿estaba amenazando con sustituirlo por una forma militarista de tiranía que era todavía peor? Los estadounidenses del siglo XIX tenían frente a sí una trágica elección: o bien una ocupación militar en nombre de la libertad real para los esclavos emancipados, o bien un autogobierno republicano en el que los blancos utilizarían su poder económico y su autoridad cultural para ridiculizar las Enmiendas de la Reconstrucción.

El momento fatídico de la decisión no se produjo cuando las tropas de la Unión se retiraron del Sur como parte del compromiso de 1877. Se produjo en 1868, cuando el Congreso republicano readmitió a los estados sureños como parte del acuerdo que llevó a la proclamación de la Decimocuarta Enmienda. Una vez que los sureños empezaron a ejercer un poder político real en Washington, era solo cuestión de tiempo antes de que pudiesen forzar la retirada de las tropas de la Unión, creando un vacío político que ellos mismos se encargarían luego de llenar. El gobierno federal simplemente carecía de las burocracias civiles requeridas para hacer cumplir las enmiendas en territorio hostil; un diminuto grupo de jueces federales apoyado por un puñado de *marshals* federales, no tenía la menor oportunidad de lograrlo[4].

[4] Véase B. Ackerman, *We the People: Transformations*, vol. 2, cit., pp. 160-251. El extraordinario libro de Richard Valelly, *The Two Reconstructions: The Struggle for Black Enfranchisement*, Chicago (IL), Chicago University Press, 2004, pp. 23-121, complementa mi énfasis constitucional con un análisis político de la desintegración de la coalición republicana.

Un siglo más tarde, cuando los estadounidenses dieron su apoyo movilizado a una Segunda Reconstrucción, todo esto era historia antigua. Para entonces, el gobierno federal había desarrollado recursos administrativos que le permitían reestructurar las realidades cotidianas apoyándose en las tropas federales solo durante momentos de crisis. En realidad, el pueblo estadounidense no tenía tendencia a cuestionar esta nueva herencia del *New Deal*, como Barry Goldwater aprendió a su costa el día que se celebraron las elecciones de 1964. En consecuencia, era natural que las nuevas leyes-hito utilizasen con frecuencia un enfoque administrativo para la búsqueda de la justicia racial. Consideremos, pues, en términos generales, cómo esta opción invitó a tomar iniciativas fundamentales más allá de la primera Reconstrucción.

Más allá de los tribunales

Antes de que las leyes promulgadas se conviertan en resultados en el mundo real han de pasar tres cosas: alguien tiene que quejarse, alguien tiene que decidir que la ley ha de ser corregida, y alguien tiene que parar los pies al infractor. El primer problema es el de la *identificación*; el segundo, el de la *interpretación*; el tercero, el del *cumplimiento de la ley*.

Los tribunales pueden interpretar, pero dependen de las partes individuales para identificar y para hacer cumplir la ley. Las agencias, sin embargo, pueden realizar las funciones de identificación y cumplimiento de la ley sin ayuda privada. Además, sus continuos intentos de interpretar los mandatos legales también determinan la forma en que tribunales y asambleas legislativas definen en última instancia los principios constitucionales en vigor.

La ventaja de la agencia en la fase del cumplimiento es bastante obvia: los procedimientos judiciales son caros y las agencias pueden hacer el trabajo más barato. Pero las contribuciones específicas de la agencia a los problemas de la identificación y la interpretación son más complejas.

Empecemos considerando cómo una agencia hipotética hace frente a un universo regulador enorme. Dado que su presupuesto es finito, no puede permitirse investigar todas las infracciones potenciales. Tiene que concebir una estrategia de identificación que se centre en los problemas más graves. ¿Cómo ha de proceder?

La tradición del *New Deal* tenía una respuesta clara: la agencia tenía que desarrollar su pericia desplegando la mejor sociología disponible[5]. Y

[5] Para la clásica declaración de la teoría del *New Deal*, véase James Landis, *The Administrative Process*, New Haven (CT), Yale University Press,1938.

en la década de 1960, la revolución informática estaba dando una nueva credibilidad a la política basada en datos.

Pero no en todos los ámbitos. A veces era perfectamente lógico seguir confiando básicamente en los tribunales. Tomemos el caso real de los establecimientos públicos: un hombre negro se sienta en la mesa de un bar, pero la camarera le ignora y sirve a unos blancos que han llegado después. El hombre no tiene ningún problema en reconocer que está siendo víctima de discriminación, ni la interpretación legal del caso es demasiado complicada. Donde tiene problemas serios es en la fase del cumplimiento de la ley.

La identificación y la interpretación pueden llegar a ser problemas muy serios en otras esferas sociales. Cuando a un negro se le niega educadamente un puesto de trabajo, ¿cómo puede saber si ha sido debido a su raza o a que el solicitante rival estaba mejor cualificado?

En general, las sociedades modernas están llenas de instituciones, cuya lógica de decisión interna es opaca para las personas afectadas por ella. Aquí es donde el gobierno por los números emerge para penetrar en la caja negra. Si los números ponen de manifiesto que hay una cantidad notablemente baja de votantes en aquellos distritos en los que hay una gran población negra, o si en una importante empresa se registra una cifra muy baja de contratación de personas perteneciente a las minorías, lo razonable es investigar la cuestión más a fondo.

Esta respuesta tecnocrática a la opacidad institucional también puede dar una forma característica a la empresa interpretativa. La ley es un proyecto para la resolución de problemas: si uno define un problema en términos cuantitativos, lo razonable parece ser definir también con números la solución legal, utilizando indicadores tecnocráticos para asignar la carga de la prueba y para distribuir unos recursos escasos entre solicitantes rivales. La cuestión clave es ver que el gobierno por números ha desempeñado un papel fundamental en la interpretación de la ley, no solo en su implementación.

Esto requiere que vayamos más allá del punto de vista tradicional que presenta al Tribunal Supremo como el «foro de los principios»[6]. Durante la revolución de los derechos civiles, tanto el Tribunal como las instituciones políticas se embarcaron en un diálogo con la burocracia, modificando principios constitucionales a la luz de la experiencia, como ponen de manifiesto los indicadores numéricos.

Introduzco estos puntos mediante un estudio de la *Voting Rights Act*. La aprobación inicial de la ley en 1965 provocó una serie de respuestas

---

[6] Véase Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (MA), Harvard University Pres, 1986.

judiciales y administrativas creativas en los años que siguieron. Estas decisiones prepararon el terreno para una segunda ronda de revaluaciones políticas que culminaron en la renovación de la *Voting Rights Act* en 1970. Durante este periodo de actividad de alta visibilidad, el presidente Nixon y el Congreso respaldaron muchas de las innovaciones administrativas de los cinco años anteriores, cimentando el gobierno por los números en el fundamento mismo del orden constitucional.

La historia de la *Voting Rights Act* prepara el camino al estudio de diferentes circuitos de retroalimentación en otras esferas, desde el empleo a las escuelas públicas.

La *Voting Rights Act* de 1965

Antes de 1965, el Congreso había aprobado una serie de leyes que confiaban en que los tribunales harían la parte más difícil del trabajo de quebrar la exclusión en el Sur de los votantes negros. Requería que el Departamento de Justicia demostrase que los encargados de los registros de electores estaban involucrados en «un patrón o práctica» de trato discriminatorio.[7] Pero estos prolongados juicios meramente generaron ciclos de resistencia, con los registradores sureños respondiendo a las órdenes del Tribunal con nuevas técnicas evasivas, que provocaban nuevas rondas de juicios.

Después de las dramáticas escenas de Selma, esta farsa se volvió intolerable: el Congreso, el presidente, el movimiento y los votantes pidieron una acción decisiva. La nueva ley-hito respondió formulando las demandas en un lenguaje tecnocrático, abandonando los verbalismos cualitativos de la ley. Si un condado utilizaba una prueba de alfabetización o algún dispositivo similar para limitar el acceso a las urnas, la cuestión clave era si el registro para votar o la participación electoral caían por debajo del 50 por 100 en las elecciones de 1964. Una vez que la Oficina del Censo constataba que este umbral había sido franqueado, la ley suspendía todos los mecanismos restrictivos durante cinco años y autorizaba al Departamento de Justicia a enviar registradores electorales federales para cortocircuitar nuevas resistencias locales[8]. Siete estados sureños fueron objeto de esta

[7] Para una comparación sistemática de la nueva ley con el esquema legal anterior, véase Brian Landsberg, *Free at Last to Vote: The Alabama Origins of the 1965 Voting Rights Act*, Lawrence (KS), University Press of Kansas, 2007, pp. 148-189; véase también Steven Lawson, *Black Ballots*: *Voting Rights in the South, 1944-1969* [1976], Boston, Lexington Books, 1999, pp. 234-235.

[8] El juez Warren proporciona una clara descripción de estas complejas disposiciones en un dictamen que confirma su constitucionalidad, *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S., 1965, pp. 301, 317-319; véase también Steven Lawson, *In Pursuit of Power*, Nueva York, Columbia Universtiy Press, 1985, pp. 25-28.

restricción[9]. Solo pudieron escapar demostrando que habían cesado completamente las prácticas discriminatorias de los cinco años anteriores[10].

Esta enfática aceptación del gobierno por los números generó fuertes objeciones, y no solo de los sureños. Durante la década de 1960, el congresista William McCulloch fue un defensor republicano clave de la legislación de los derechos civiles. No obstante, condenó el «juego de los números» como «un mecanismo arbitrario», rechazando la idea de que «una fórmula matemática artificiosa» pudiera identificar de un modo fiable a «aquellos estados que discriminan» sin requerir «algún tipo de procedimiento judicial»[11].

Las objeciones de McCulloch se vieron superadas por la demanda popular de una acción decisiva. El senador republicano progresista Jacob Javits, por ejemplo, puso de relieve que los mecanismos desencadenantes planteaban «una cuestión básica de principio» por cuanto servían de piedra angular de un sistema de constitucionalismo administrativo en el que la actividad burocrática desempeñaba el papel central en la ruptura de la resistencia institucional[12].

Con las imágenes de la Primera Reconstrucción aún en la retina, el debate del Congreso se centró en los peligros y en las recompensas de la intervención federal directa en los estados sureños. Sin embargo, como cualquier buena ley reguladora, la *Voting Rights Act* iba más allá del presente para proporcionar al Departamento de Justicia unas herramientas con las que superar nuevas formas de resistencia institucional a medida que fuesen surgiendo con el tiempo. La Sección 5 prohibía a determinados estados y localidades cambiar sus sistemas electorales sin antes obtener la aprobación del Departamento de Justicia o la de un tribunal federal especial de tres jueces del Distrito de Columbia.

Esta era una medida revolucionaria. El senador Sam Ervin tenía razón al subrayar que se trataba de «una inversión sin precedentes del principio fundamental de nuestra ley según el cual se supone que toda ley de una asamblea legislativa es constitucional hasta que se demuestre claramente lo

---

[9] Los siete estados afectados por la ley de 1965 eran Alabama, Georgia, Luisiana, Misisipi, Carolina del Sur, Virginia y veintiséis condados de Carolina del Norte. Inicialmente se incluyeron otros lugares, pero con la excepción de un condado de Hawai, todos hicieron uso de la escapatoria descrita en el texto. U.S. Civil Rights Commission, *The Voting Rights Act: Ten Years After*, Washington DC, 1975, pp. 13-14.

[10] Voting Rights Act of 1965, Pub. L. No 89-110 § 4(a).

[11] H. R. Rep. Nº 439, 89th Cong., 1st Sess., 1965, p. 45. El Republicano progresista John Lindsay también consideró que la propuesta desencadenante era «terriblemente rígida e inflexible», dado que el Congreso no podía «estar seguro del alcance de la discriminación», «Voting Rights: Hearings Before Subcommittee Nº 5 of the Committee on the Judiciary on H. R. 6400 and other proposals to enforce the 15th Amendment of the Constitution», 89th Congress, 1965, p. 367.

[12] *Congressional Record,* III, 1965, p. 9265.

contrario»[13]. Algunos congresistas republicanos importantes compartían esta preocupación. William McCulloch interrogaba repetidamente a los testigos acerca de la constitucionalidad de la Sección 5, y eliminaba dichos requerimientos del sustituto propuesto[14]. Pero una vez más las objeciones de McCulloch fueron superadas por la determinación colectiva de acabar decisivamente con los ciclos aparentemente interminables de resistencia sureña.

El resultado fue una transformación fundamental de nuestro derecho constitucional. Año tras año, orgullosos representantes de estados sureños como Alabama y Misisipi viajarían sombrero en mano a Washington para obtener el consentimiento de algún subalterno del Fiscal General. Y si no estaban satisfechos con la decisión del Departamento de Justicia, no podían recurrir a un jurado de jueces federales dentro de su propio circuito, jueces que debían sus puestos de trabajo a unos senadores sureños que habían refrendado su confirmación. Tenían que apelar a un jurado federal del Distrito de Columbia compuesto de jueces que generalmente eran más comprensivos con las prerrogativas nacionales.

Fortalecimiento judicial

Como la *Civil Rights Act* anteriormente, las iniciativas revolucionarias de la *Voting Rights Act* no podían ser seguras sin la aprobación del Tribunal Supremo. Ya hemos visto al Tribunal moviéndose rápidamente en la primavera de 1966 para reivindicar las posiciones de la *Voting Rights Act* sobre los impuestos de capitación (*Harper v. Virginia State Board of Elections*) y sobre las pruebas de alfabetización (*Morgan v. Virginia*). Pero la enfática aceptación de la ley del gobierno por los números y del intervencionismo administrativo eran aspectos centrales de todo el esfuerzo, y el Tribunal se movió con agilidad para resolver las dudas al respecto. Cuando Carolina del Sur planteó el inevitable desafío, los magistrados se negaron a esperar que los tribunales inferiores emitiesen sus propios juicios sobre los méritos. En vez de ello ejercieron unos poderes raramente utilizados de jurisdicción original para permitir al estado defender su postura directamente ante el Tribunal Supremo, lo que permitió a Earl Warren dictar sentencia en *South Carolina v. Katzenbach* al mismo tiempo que el Tribunal estaba reivindicando otros aspectos revolucionarios de la ley-hito[15]. *South Carolina*

---

[13] «Voting Rights: Hearing Before Committee on the Judiciary on S. 1564 to Enforce the 15th Amendment of the Constitution of the United States», 89th Congress, 1965, p. 137.

[14] Republicanos del norte como Clark McGregor (MN), Carleton King (NY), Edward Hutchinson (MI) y Robert McClory (IL) se unieron al proyecto de ley alternativo de McCulloch, que habría rechazado el enfoque tecnocrático de la administración, H. R. Rep. Nº 439, 89th Cong., 1st Sess., 1965, p. 37.

[15] *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S., 301, se decidió el 7 de marzo de 1966; *Harper* el 24 de marzo, y *Morgan* el 13 de junio.

planteaba el mismo problema que *Morgan*: ¿cómo tratar el asalto de la *Voting Rights Act* a los principios constitucionales establecidos?

Como hemos visto en el capítulo 6, el problema fue dramatizado en *Morgan V. Virginia* por la determinación de la *Voting Rights Act* de erradicar los requisitos de alfabetización exclusivamente en inglés, pese a la decisión unánime tomada por el Tribunal Supremo en 1959, que confirmaba estas barreras en virtud de la Cláusula de Protección Igual[16]. Hablando en nombre del Tribunal, el juez Brennan respondió con un dictamen innovador que definía un nuevo modelo de «constitucionalismo coordinado», el cual ponía de relieve la autoridad independiente del Congreso para ampliar el alcance de la protección igual bajo los poderes de aplicación de la ley que le garantizaba la Decimocuarta Enmienda. Warren afrontó el mismo reto básico al abordar la extraordinaria cesión de poder que hacía la *Voting Rights Act* al gobierno federal para suspender el funcionamiento de las leyes estatales.

Él respondió del mismo modo. Como Brennan, reivindicó la norma apuntando a los poderes de «obligar a su cumplimiento» que tenía el Congreso, con la salvedad de que eran los garantizados por la Decimoquinta Enmienda y no por la Decimocuarta, los que servían de fundamento para la aprobación radical de una redefinición profunda del federalismo que marcaría época. Al tomar este camino Warren también seguía a Brennan cuando invocaba como autoridad las famosas palabras de John Marshall: «Si un fin es legítimo, si está dentro del alcance de la Constitución, todos los medios apropiados que se adapten al mismo y que sin hallarse prohibidos están de acuerdo con la letra y el espíritu de la Constitución, son constitucionales»[17].

Pero, ¿*era* la cesión que hacía la *Voting Rights Act* de unos poderes federales extraordinarios realmente «consistente» con el espíritu de la Constitución?

No para el juez Black. Si el federalismo significaba algo, era que «los estados tienen poder para aprobar leyes y enmendar sus constituciones sin antes tener que enviar a sus funcionarios a centenares de kilómetros de distancia para rogar a las autoridades federales que las aprueben». Esto equivalía a tratar a los estados como poco más que provincias conquistadas[18]. Black era el único magistrado del Tribunal procedente del Sur profundo, y sus enfáticos recuerdos del primer periodo de la Reconstrucción tenían un significado especial para él.

Pero no para sus colegas. En opinión de estos, simplemente no había punto de comparación entre las ocupaciones militares de la década de 1860

---

[16] *Lassiter v. Northampton Board of Elections*, 360 U.S., 1959, p. 45.
[17] *South Carolina v. Katzenbach*, p. 326.
[18] *Ibid.*, p. 360.

y las intervenciones burocráticas de la década de 1960. El ritual recurrente de la sumisión de los estados a las autoridades federales de Washington DC era perfectamente consistente con el espíritu de la Constitución, pero solo porque los estadounidenses habían cambiado fundamentalmente dicho espíritu en el transcurso del siglo XX. La confianza de Warren en la sentencia de Marshall se basaba en las complejas prácticas del «federalismo cooperativo», que habían proliferado desde la década de 1930. Si bien las iniciativas burocráticas centralizadoras de la *Voting Rights Act* representaban un gran paso más allá de las formas entonces existentes de coordinación federal, el Tribunal tenía derecho a rechazar la visión que tenía Black de ellas como extrañas al desarrollo de la tradición constitucional. Durante la década de 1960 era mejor verlas como respuestas apropiadas para resolver las graves injusticias que minaban la legitimidad del régimen del *New Deal*-Derechos Civiles.

* * * * *

Las extraordinarias imposiciones de la *Voting Rights Act* sobre los estados sureños eran temporales. La ley les daba un plazo de cinco años a menos que el Congreso renovase sus disposiciones. Este límite de tiempo ayuda a explicar la velocidad con que el Tribunal acogió las quejas de Carolina del Sur. Si hubiese esperado a que los casos llegasen a la lista de apelaciones, la mayor parte de esos cinco años se habría perdido en otra ronda de resistencia del Sur y de litigios con el Departamento de Justicia. Como el Tribunal Supremo había despejado el camino, la acción federal se intensificó drásticamente con resultados notables: entre 1965 y 1968 la proporción de negros en los padrones electorales pasó del 29 al 52 por 100 en los estados sureños que eran el objetivo de las fórmulas legales, mientras Misisipi pasaba del 6,7 por 100 a un revelador 59,4 por 100[19].

Pero, inevitablemente, las acciones encaminadas al cumplimiento de la ley generaron otra ronda de litigios y llevaron al Tribunal Supremo a decidir otros dos casos justo cuando Richard Nixon y el Congreso empezaban a considerar la renovación de la *Voting Rights Act*. Estos dictámenes de 1969 pusieron de relieve el carácter revolucionario de la intervención federal en curso. *Allen v. State Board of Elections* implicaba el esfuerzo de un condado de Misisipi para mantener el poder político de los blancos pese a la entrada de votantes negros en el sistema[20]. Cuando solo los blancos tenían acceso a las urnas, cada uno de los cinco miembros de la Junta de Supervisores del condado era elegido por un distrito separado. Pero una

---

[19] Véase James Alt «The impact of the Voting Rights Act on Black and White Voter Registration in the South» en Chandler Davidson y Bernard Groffman (eds.), *Quiet Revolution in the South: The Impact of the Voting Rights Act, 1965-1990*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1994, cuadro 12.1, pp. 350, 374.

[20] *Allen v. State Board of Elections*, 393 U.S., 1969, p. 544.

vez que los negros empezaron a votar, sus candidatos preferidos podían ganar en algunos de los distritos. De modo que la junta electoral cambió a un sistema de circunscripción única, permitiendo que la mayoría blanca del condado excluyese toda representación de las minorías. Hablando en nombre del Tribunal Supremo, el juez Warren rechazó esta estratagema, ampliando el ámbito de la ley para incluir cualquier cambio en las leyes electorales, aunque no limitasen directamente el acceso a las urnas:

> El derecho a votar puede verse tan afectado por un debilitamiento del poder del voto como por una prohibición absoluta de emitir el mismo. Véase *Reynolds v. Sims*, 377 U.S., 1964, p. 533. Los votantes que son miembros de una minoría racial pueden muy bien ser mayoría en un distrito y minoría en el condado en su conjunto. Este tipo de cambio puede, por consiguiente, invalidar su capacidad para elegir al candidato de su elección del mismo modo que puede prohibir votar a algunos de ellos[21].

Warren está yendo más allá del principio «una persona, un voto» anunciado, como es sabido, en *Reynolds v. Sims*. Antes de la *Voting Rights Act*, el Tribunal no estaba preparado para evitar la manipulación racial de las circunscripciones electorales, excepto en los casos más graves[22]. Pero a tenor de *Allen v. State Board of Elections*, confirmaba el compromiso de la *Voting Rights Act* con una forma general de escrutinio federal preventivo que erradicaba todas las reglas que debilitaban el poder de voto de los negros.

La segunda decisión del Tribunal amplió aún más el alcance de la Segunda Reconstrucción. Aunque un estado o localidad infringiese las pruebas tecnocráticas de la ley, no estaban necesariamente condenados a un periodo ampliado de control federal. En cambio, la *Voting Rights Act* le permitía escapar inmediatamente si podía demostrar que no había utilizado las pruebas de alfabetización u otros mecanismos pensados para excluir a los negros de acuerdo con un criterio discriminatorio durante los cinco años anteriores[23].

Gaston County, en Carolina del Norte, invocó esta cláusula para reivindicar su derecho a reinstaurar su prueba de alfabetización, solo para encontrarse con que el Departamento de Justicia estaba planteando una objeción fundamental. El Departamento aportó pruebas de que las escuelas segregadas del país proporcionaban a los negros una educación sistemáticamente inferior, lo que les hacía suspender las pruebas de alfabetización de una manera absolutamente desproporcionada.

---

[21] *Ibid.*, p. 569.

[22] Véase *Gomillion v. Lightfoot*, 364 U.S., 1960, p. 339.

[23] Más exactamente, § 4(a) requería que el condado estableciese que sus pruebas de alfabetización «no tenían como objetivo o […] el efecto de negar o limitar el derecho al voto a cuenta de la raza o el color de la piel».

Respuesta del condado: la *Voting Rights Act* solo se refería a las elecciones, no a la educación y, por lo tanto, el estatus de su sistema escolar a tenor de *Brown* era irrelevante. En la medida en que sus registradores electorales hubiesen administrado las pruebas de alfabetización de una manera escrupulosamente imparcial, debía permitirse al condado escapar a la prohibición legislativa. Correspondía a la *Civil Rights Act*, no a la *Voting Rights Act*, proporcionar herramientas a los tribunales y al Departamento de Salud, Educación y Bienestar para abolir la segregación escolar. El juez Harlan, escribiendo por el Tribunal rechazó este argumento en un dictamen que es especialmente significativo a la luz de mi tesis general[24].

He estado argumentando que la Segunda Reconstrucción siguió el ejemplo de *Brown v. Board of Education* adoptando una aproximación esfera por esfera a la injusticia racial. *Gaston County v. United States* es la única excepción a esta regla. Harlan se negó a permitir que el condado escapase a las disposiciones especiales de la *Voting Rights Act*, aunque pudiese demostrar que sus registradores electorales habían actuado con imparcialidad durante los últimos cinco años. Insistió en que la actuación del condado en la esfera educacional también era relevante. Dado que sus escuelas segregadas habían apartado a los negros con engaños de una educación igual, el condado no podía negar su responsabilidad por su rendimiento relativamente pobre en las pruebas de alfabetización. Esto era suficiente para evitar que el condado evadiese la aplicación de la prohibición impuesta por la *Voting Rights Act*.

La ruptura de *Gaston County v. United States* con la aproximación esfera por esfera es fácil de entender. Al fin y al cabo, la conexión entre las esferas de la educación y las elecciones era particularmente íntima, ya que el condado exigía la alfabetización y simultáneamente privaba a muchos negros de la oportunidad justa de obtenerla. Sin embargo, sirve como contraejemplo de mi tesis general y si hubiera otros muchos yo me vería obligado a reformular un elemento clave de la interpretación que hago en este libro de la Segunda Reconstrucción.

Pero como se demuestra en los capítulos siguientes, no abundan los ejemplos.

Codificación: La *Voting Rigths Act* de 1970

South Carolina, *Allen*, *Gaston County*: todos ellos representan un tremendo reto a los principios tradicionales del federalismo, pero, ¿serían duraderos?

[24] *Gaston County v. United States, 395 U.S.*, 1969, p. 285. Solo el juez Black discrepó y siguió afirmando que la ley trataba al Sur como «provincias conquistadas», *ibid*., p. 297.

Esta era la gran pregunta cuando se preparaba la modificación normativa de la ley en 1970. Las Secciones 4 y 5 eran las disposiciones que autorizaban una intervención extraordinaria, las cuales tenían un plazo de prescripción de cinco años. Esto ponía en los proponentes la carga de la prueba de su importancia duradera, pero esta vez en unas condiciones políticas muy diferentes. Richard Nixon, no Lyndon B. Johnson, estaba en la Casa Blanca; Martin Luther King Jr. estaba muerto, y su legado estaba amenazado por el nacionalismo negro y por los cada vez más frecuentes disturbios en los guetos. Para decirlo en los términos recogidos en la primera parte de este libro, la dinámica de la legislación de carácter superior estaba ahora en su fase de consolidación, cuando el sistema de gobierno reconsidera las innovaciones recientes y decide si merecen sobrevivir como elementos fundamentales de nuestro patrimonio constitucional[25].

Durante su campaña, Nixon había afirmado explícitamente el carácter de hito que tenía la *Votings Rights Act*, y su propuesta inicial lo reafirmó todavía más. Mientras que la ley original había suspendido las pruebas de alfabetización solamente en los siete estados que eran el blanco de las Secciones 4 y 5, la iniciativa de la Administración también las eliminó en los otros catorce estados que utilizaban este tipo de dispositivos[26]. Como dijo el Fiscal General John Mitchell, «el derecho al voto no es un asunto regional», sino «una preocupación nacional de todos los estadounidenses que ha de ser tratada a escala nacional»[27]. El plan de Mitchell hizo similares movimientos nacionalizadores en otros frentes[28].

Al mismo tiempo, sin embargo, el nuevo gobierno eliminaba las disposiciones regionales especiales, que habían generado tanta acritud entre los blancos sureños. Mitchell rechazó la idea misma de que la resistencia al derecho al voto pudiese medirse con fórmulas matemáticas. Él habría devuelto el sistema a un régimen más familiar en el que el Fiscal General pudiese acudir al Tribunal siempre que tuviese «motivos para creer» que las leyes electorales estaban siendo manipuladas con el «propósito o el efecto»

---

[25] Véase el capítulo 4.

[26] Véase S. Lawson, *Black Ballots*: *Voting Rights in the South, 1944-1969*, cit., pp. 334-339. Teniendo en cuenta la existencia de Gaston County, «el único camino posible que tenía el Presidente, coherente con su postura contra la legislación regional, era proponer la prohibición de las pruebas de alfabetización a escala nacional», o al menos así lo explicó Jerris Leonard, ayudante del Fiscal en la cuestión de los derechos civiles, al consejero principal de Nixon John Ehrlichman, «Memorandum from Leonard to Ehrlichman» 9 de junio de 1969 (archivos del autor).

[27] «The Voting Rights Act: Hearing Before the Subcomm. on the Judiciary of the U.S. House of Representatives», 91st Congress, 1969, p. 266 (declaración del fiscal general Mitchell).

[28] El plan de Mitchell imponía una prohibición a escala nacional de las pruebas de residencia para las elecciones presidenciales y dotaba de autoridad al Fiscal General para enviar registradores electorales a escala nacional. S. 2507, 91st Congress, 1969, § 3. Véanse, «Hearings Before the Subcommittee on the Judiciary on S. 818, S. 2456, S. 2507 y el Title IV of S. 2029, Bills to Amend the Voting Rights Act of 1965», 91st Congress, 1st & 2nd. Sess., 1970, pp. 537-539.

de limitar el derecho al voto. El control previo federal sería eliminado y correspondería al Departamento de Justicia presentar sus quejas ante el Tribunal una vez que las leyes estatales hubiesen entrado en vigor[29].

Esto llevó la cuestión constitucional directamente ante el Congreso. En palabras del senador Hruska: «El proyecto de ley del gobierno retornará el impulso del cumplimiento al proceso judicial y lo alejará de los procedimientos administrativos que existen actualmente. Esto es importante [...]. Procedimientos administrativos en lugar de remedios judiciales podrían ser necesarios en condiciones extraordinarias, pero no deben ampliarse una vez que mejoran las condiciones básicas [...]. El registro y el número de votantes en los estados afectados se han incrementado mucho. Volvamos ahora a nuestros tribunales de ley»[30].

Hruska era de Nebraska, no de Carolina del Sur, y sus reflexiones habrían encontrado eco en sus colegas. Al fin y al cabo, los senadores y los congresistas obtienen su puesto apelando a los valores característicos de sus estados y localidades. Generalmente aprecian los valores tradicionales del federalismo y apoyan las apelaciones presidenciales a su intensificación.

No esta vez. Si bien el Congreso respaldaba los movimientos nacionalizadores de Nixon, se negaba a abandonar el criterio del cumplimiento tecnocrático de objetivos y el control previo burocrático al abordar los peores abusos. Para los Republicanos más destacados, como para los Demócratas del Congreso, el gobierno por los números se había convertido en una salvaguarda fundamental de la integridad electoral.

Considérese el papel cambiante del congresista William McCulloch. En 1965, este importante líder republicano se opuso frontalmente al gobierno por los números y al control previo federal. Pero escuchemos lo que decía unos años después:

> Cuando voté la *Voting Rights Act* en 1965, confiaba en que cinco años sería un periodo de tiempo razonable. Pero la resistencia al progreso ha sido más sutil y más efectiva de lo que yo creía posible. Los límites de las circunscripciones electorales se han manipulado, las elecciones han sido convocadas con circunscripciones mayores, los condados se han consolidado, los funcionarios electorales han sido suprimidos allí donde los negros tenían la oportunidad de ganar, el proceso de nombramientos ha sido sustituido por un proceso electivo, los funcionarios electorales han ocultado la información necesaria para votar o para optar a un cargo, y se ha empleado la intimidación física tanto como la económica. La Sección 5 pretendía impedir el uso de muchos de estos

---

[29] S. 2507, 91st Congress, 1969, § 3.
[30] Véase «Voting Rights: Hearing Before Committee on the Judiciary on S. 1564 to Enforce the 15th Amendment of the Constitution of the United States», cit., p. 2591.

> dispositivos. Pero […] el Gobierno Federal era demasiado tímido en su cumplimiento. Confío en que el caso de *Allen v. State Board of Elections* […] sea un augurio del cambio[31].

McCulloch no solo está confesando un error –algo más bien raro en política–, sino que está refrendando *Allen* e instando al Departamento de Justicia de Nixon a aprovechar al máximo la garantía de autoridad revolucionaria de la *Voting Rights Act*.

El cambio de opinión del congresista sugiere una lección más general. Los estadounidenses estaban realmente *aprendiendo* algo de su experimento inicial para transformar el sistema federal. En 1965, las predicciones sureñas de una desastrosa reedición de la Primera Reconstrucción no podían ser refutadas por la experiencia. Pero el éxito del Departamento de Justicia sobre el terreno mostró que los temores del Sur eran exagerados. El gran aumento en el número de votantes negros sugería que una mayor supervisión centralizada era también esencial para controlar los previsibles intentos del *establishment* blanco de mantener el poder efectivo.

Nixon había fracasado en su intento de eliminar la supervisión federal intensiva en el Sur. Su campaña solo había conseguido generar una reafirmación especialmente autoconsciente de la necesidad de una forma revolucionaria de supervisión centralizada. No menos paradójicamente, también alentaba al Congreso a ampliar el alcance del control federal. La nueva *Voting Rights Act* cambió sus fórmulas matemáticas para centrarse en lugares como Manhattan, Brooklyn y el Bronx[32]. Esto fue un magro consuelo para el Sur profundo, que siguió siendo el blanco de la supervisión federal. De todos modos representó una redefinición esencial de los principios constitucionales: la intervención burocrática nacional ya no era una respuesta de emergencia a un problema regional, sino un mecanismo fundamental que garantizaba la integridad democrática a escala nacional.

Había un último escollo: Richard Nixon. ¿Secundaría esta enfática transformación de su propuesta inicial?

Un veto tenía atractivos evidentes. Devolviendo el proyecto de ley al Congreso, podía demostrar a los blancos sureños que ahora eran los Republicanos, no los Demócratas, en quienes podían confiar para frenar los excesos de la Segunda Reconstrucción. Al mismo tiempo, Nixon podía

---

[31] Véase «Hearings Before the Subcommittee on the Judiciary on S. 818, S. 2456, S. 2507, and Title IV of S. 2029, Bills to Amend the Voting Rights Act of 1965», pp. 3-4. McCulloch también hizo una segunda declaración de apoyo en *ibid.*, pp. 270-271.

[32] Inicialmente, los tres barrios de Nueva York utilizaron la válvula de escape en 1972, pero el tribunal del distrito los remitió de nuevo a la supervisión federal en 1974, y no pudieron escapar de ella hasta 2013. Véase Daniel Brook, «New York Should Hate the Voting Rights Act» *Slate*, 21 de febrero de 2013, en http://slate.me/2BYMDeQ.

explicar a los moderados del Norte que estaba perfectamente de acuerdo con firmar una iniciativa de orientación nacional, que respetaba las nociones tradicionales de federalismo[33].

Un aspecto final del proyecto de ley también empujaba en la dirección del veto. Bajo el liderazgo del senador Mike Mansfield, el Congreso había dado un gran paso más allá de la nueva *Voting Rights Act* de 1965 exigiendo a los estados que abriesen las urnas a los mayores de dieciocho años[34]. Nixon sabía que «perdería votos si firmábamos»[35] un proyecto de ley que permitía a millones de adolescentes votar en las próximas elecciones en contra de su forma de llevar la guerra de Vietnam[36]. Además, un mensaje de veto cuyo blanco fuese la disposición Mansfield permitiría al presidente adoptar el punto de vista de la autoridad moral: Nixon podría basarse en destacados progresistas como Louis Pollak, decano de la Yale Law School, que insistían en que se requería una enmienda constitucional para obligar a los estados a ampliar el sufragio a votantes más jóvenes[37]. Dado que algunos hombres de máxima confianza de Nixon, entre los cuales se encontraban Mitchell y Bryce Harlow, defendían explícitamente el veto, el proyecto tenía los días contados; de hecho, Mitchell incluso llegó a decirle al congresista de Misisipi William Colmer, presidente del House Rules Committee, que Nixon iba a vetar el proyecto de ley[38].

Pero al final Nixon eligió un camino diferente. En un memorándum interno («The Voting Rights Act – Sign or veto?») el principal redactor de los discursos del presidente, Ray Price, daba algún indicio de lo que estaba políticamente en juego. Price reconocía «la tentación política de ejercer el veto», ya que ello probablemente «(a) impediría a los menores de 21 años votar en 1972, y (b) lograría crédito en el Sur blanco por liquidar la propia normativa sobre el derecho al voto»[39]. Sin embargo, era importante

---

[33] J. Morgan Kousser, «The Strange, Ironic Career of Section 5 of the Voting Rights Act, 1965-2007», *Texas Law Review*, vol. 86, 2008, pp. 667, 686.
[34] Véase Hugh Graham, *The Civil Righs Era*, Nueva York, Oxford University Press, 1990, p. 361.
[35] Joan Hoff-Wilson (ed.), *Papers of the Nixon White House*, Bethesda (MD), University Publications of America, 1993, «H. R. Haldeman meeting notes» 19 de junio de 1970, Microficha 25 (1989).
[36] *Ibid.*, Richard Nixon a H. R. Haldeman, 11 de enero de 1970, Haldeman Files, Box 230.
[37] Cuando la disposición de Masfield llegó al Tribunal Supremo al año siguiente en *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S., 1971, p. 112, la mayoría respaldó su constitucionalidad en las elecciones federales, que era lo políticamente importante para Nixon en su búsqueda de la reelección en 1972. Pero, por cinco votos a cuatro, revocó la disposición tal como se aplicaba a las elecciones locales y estatales, dando pábulo con ello a las preocupaciones constitucionales manifestadas por Pollak y otros juristas. El Congreso respondió a esta decisión divisoria con la Vigesimosexta Enmienda, que garantizaba a los mayores de dieciocho años el derecho a votar en todas las elecciones.
[38] Véase Rowland Evans Jr. y Robert D. Novak, *Nixon in the White House: The Frustration of Power*, Nueva York, Random House, 1971, p. 131.
[39] «Memorandum from Raymond K. Price Jr., Speechwriter for the President, to Leonard Garment, Special Counsel to the President», 18 de junio de 1970 (en los archivos del autor).

«tener muy en cuenta que fueran cuales fuesen sus opiniones respecto a otras reivindicaciones de los negros –vivienda, trabajo, escuela, etcétera– el derecho al voto es algo en lo que prácticamente todos los estadounidenses están de acuerdo. Por consiguiente, si *parece* que nos alineamos con los Thurmond y los Eastland en este tema, nos colgarán la etiqueta de racistas manifiestos»[40]. Y concluía que «un veto, en las circunstancias actuales, no sería considerado como la incapacidad de dar un paso adelante, sino como un retroceso deliberado y calculado hacia los viejos (y en este ámbito muy reales) patrones de represión e intimidación»[41].

Nixon, simplemente, no estaba dispuesto a dar este «deliberado y calculado paso atrás». Aprobando la ley, aceptaba los logros pasados de la *Voting Rights Act* y sus futuras promesas: «En los cinco años transcurridos desde su entrada en vigor, cerca de un millón de negros se han registrado para votar por primera vez y más de cuatrocientos funcionarios negros han sido elegidos para cargos locales y estatales. Esto es algo más que una estadística electoral; es una estadística de esperanza, que pone de relieve que el sistema estadounidense funciona. Es la respuesta a quienes sostienen que no hay otro recurso que la calle»[42]. La declaración firmada por el presidente presenta la *Voting Rights Act* como una «respuesta» decisiva a los disturbios raciales de la década de 1960. La intervención federal había proporcionado «estadísticas de esperanza», que establecieron que «el sistema funciona». El éxito del gobierno por los números fue ganar para la *Voting Rights Act* un lugar especial en la Constitución viva.

La retórica de ley y orden de Nixon también debe entenderse como un reto a una serie de estereotipos estándar. Actualmente es tristemente célebre por invocar expresiones del código racista para cohesionar a su «mayoría silenciosa» contra las nociones liberales de progreso. Esto es cierto en algunos casos, sobre todo en su ataque a la revolución de la justicia penal del Tribunal presidido por Warren. Pero como sugiere la historia de la *Voting Rights Act*, el imaginario a veces operaba en sentido opuesto: para consolidar, no para debilitar, el régimen emergente de los derechos civiles.[43]

En el caso de la *Voting Rights Act*, el compromiso de Nixon era real. Su Departamento de Justicia adoptó medidas muy agresivas para intensificar su presencia supervisora en estados y localidades que no satisfacían las pruebas revisadas de umbrales cuantitativos. Durante la administración precedente, la prioridad del Departamento de Justicia de Johnson había

---

[40] *Ibid.*
[41] *Ibid.*
[42] Richard Nixon, «Statement on the Signing of the Voting Rights Act Amendment of 1970», 22 de junio de 1970, *Public Papers of President Nixon*, http://bit.ly/2FDYn8M.
[43] Véase Dean Kotlowski, *Nixon's Civil Rights: Politics, Principle, and Policy*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2001, pp. 90-91.

sido hacer que los negros sureños se registrasen para votar de acuerdo con las reglas existentes. Esto era tan farragoso que el Departamento no había utilizado sistemáticamente su potestad para bloquear las acciones evasivas, que minimizaban el poder político negro cambiando las reglas. En consecuencia, la mayoría de las jurisdicciones sureñas siguieron con su práctica tradicional de aprobar nuevas leyes electorales sin buscar la aprobación previa de Washington DC.

Ahora que la ley había sido reafirmada, el Departamento de Justicia de Nixon aprobó una normativa que proporcionaba a los estados afectados unos procedimientos administrativos claros para obtener la aprobación previa, lo que produjo un incremento del 400 por 100 en las solicitudes, que pasaron de doscientas cincuenta y cinco en 1970 a más de mil en 1971[44]. Este incremento en el número de casos, a su vez, hizo que el Departamento creara estándares operativos para la revisión burocrática, que también sirvieron para dar forma a las decisiones de los tribunales en los casos impugnados[45].

Tras cinco años de experiencia práctica y una segunda ronda de debate político, la consolidación constitucional fue avanzando a buen ritmo, con la Presidencia, el Congreso y el Tribunal Supremo legitimando activamente un régimen de predominio tecnocrático sobre los estados.

¿Por el Pueblo?

Si esta historia no despierta a los tradicionalistas de su sueño dogmático, nada lo hará. Según el punto de vista convencional, el Tribunal Supremo opera como el «foro de principios» mientras que los burócratas solamente intervienen en la fase de la implementación. En cambio, la actuación administrativa del Departamento de Justicia en el Sur proporcionó un elemento crucial en el proceso más general por medio del cual Nosotros, el Pueblo llega a un juicio meditado sobre los compromisos constitucionales. Si bien *South Carolina, Allen* y *Gaston County* cristalizaron temas básicos, la auténtica prueba de su valor perdurable fue pragmática: ¿cumpliría el Departamento de Justicia la promesa de la *Voting Rights Act* de conseguir avances reales en el Sur?

El Congreso y el presidente Nixon estuvieron en condiciones de hacer un juicio meditado solo después de que el Departamento demostrase la efectividad de la intervención burocrática sobre el terreno. El

---

[44] Véase Howard Ball, Dale Krane y Thomas Lauth, *Compromised Compliance: Implementation of the 1965 Voting Rights Act*, Santa Barbara (CA), Greenwood Press, 1982, p. 78.

[45] Véase Brian Landsberg, *Enforcing Civil Rights: Race Discrimination and the Department of Justice,* Lawrence (KS), University Press of Kansas, 1997, p. 66, que caracteriza el modo de actuación del Departamento como «administrativo».

«constitucionalismo administrativo» era un elemento fundamental en el proceso por el que las instituciones políticas transformaron las iniciativas revolucionarias de la *Voting Rights Act* en tres elementos perdurables del régimen emergente de los derechos civiles[46].

El primer elemento implicaba la soberanía estatal. Misisipi y los demás estados ya no eran libres de cambiar las reglas del voto que definían su misma interpretación del gobierno representativo. Tenían que ir a Washington DC para obtener la aprobación previa, y cuando llegaban allí ni siquiera les exigían obtener el consentimiento de los jueces federales a su propuesta. Por el contrario, era más fácil para ellos tomar la segunda ruta proporcionada por la normativa y ganarse la aprobación de los especialistas del Departamento de Justicia. Esto equivalía a un segundo cambio en los valores constitucionales a favor del Estado administrativo nacional.

Finalmente, cuando los burócratas o los tribunales revisaban las propuestas de los estados, no se preguntaban simplemente si las nuevas reglas electorales debilitaban el ejercicio efectivo del voto por parte de los ciudadanos, sino que iban más allá para determinar si los estados estaban debilitando la capacidad de ejercer el derecho al voto por parte de la población negra. Esto representó un gran paso que superaba el concepto individualista estándar de «una persona, un voto» establecido por *Baker v. Carr* y se encaminaba hacia una clara aceptación de los derechos grupales.

La suspensión de la soberanía de los estados, la afirmación de la autoridad administrativa federal, la consolidación de los derechos grupales: nada de esto sucedió en un solo momento, sino que se desarrolló mediante un proceso de deliberación colectiva en tres pasos.

Paso uno: tras obtener su mandato electoral decisivo en 1964, era perfectamente apropiado que el presidente Johnson y el Congreso respondieran a la llamada de Martin Luther King Jr. en Selma con la *Voting Rights Act*. Si los estadounidenses exigían un cambio decisivo, la ley-hito también tenía razón en ir más allá de los planteamientos centrados en el Tribunal Supremo propios del pasado. Era evidente que estos no habían conseguido resolver el problema de la resistencia del Sur y la reafirmación

[46] Tomo el término de William Eskridge y John Ferejohn, *A Republic of Statutes: A New American Constitution*, New Haven (CT), Yale University Press, 2010, especialmente pp. 102-104, pero utilizándolo de una forma mas restringida. Yo me centro en el papel del «constitucionalismo administrativo» durante los «momentos constitucionales». Los profesores Eskridge y Ferejohn están más interesados en las formas con que la deliberación administrativa contribuye a definir y a arraigar las normas sociales y los valores públicos expresados por una clase mucho más amplia de «supernormas». Su discusión general, sin embargo, informa de un modo útil mi indagación más centrada, igual que lo hacen algunas de sus monografías. Véase también Sophia Lee, «Race, Sex, and Rulemaking: Administrative Constitutionalism and the Workplace, 1960 to the Present», *Virginia Law Review*, vol. 96, 2010, p. 799.

de este viejo modelo solo habría provocado cinismo acerca de la voluntad de Washington de hacer caso al mandato popular por el cambio. El gobierno por los números no era generado por un intento jerárquico de autoexaltación burocrática. Era una respuesta a la petición del pueblo estadounidense de una ruptura decisiva con el pasado constitucional.

Paso dos: ¿haría efectivo el cambio el gobierno por los números? Este no era un asunto que debía ser determinado por el Tribunal Supremo. Solo podría establecerse a través de una experiencia del mundo real generada por el proceso administrativo.

Las lecciones aprendidas de este periodo de experimentación constitucional sirvieron como fundamento del paso tres: la sobria reconsideración por parte de un presidente muy diferente que fue finalmente persuadido de unirse al Congreso y al Tribunal Supremo para apoyar al gobierno por los números en nombre de los valores constitucionales fundamentales.

Si esto no es el gobierno del Pueblo, ¿qué es?

¿Esferas separadas?

La historia del derecho al voto puede ser esclarecedora, pero es solo una historia acerca de una única esfera: la del derecho al voto. Y hemos de tener cuidado de no hacer generalizaciones prematuras a otras esferas.

Considérese, por ejemplo, el relato muy diferente que hicimos acerca de las disposiciones sobre los establecimientos públicos (Título II) de la *Civil Rights Act*. Ambas historias empezaron en el mismo lugar: en la humillación y exclusión sistemáticas.

Un hombre negro entra en un restaurante con el dinero necesario para pagarse un lugar en una mesa; su competencia social básica es impugnada cuando se niegan públicamente a servirle. Una mujer negra entra en una oficina de registro de votantes con la educación que necesita para pasar la prueba de alfabetización; su competencia básica como ciudadana es impugnada cuando es rechazada con una risa burlona.

Pero las dos leyes-hito responden de manera diferente a estos abusos. La *Civil Rights Act* se centra en los propietarios individuales de establecimientos públicos y se basa principalmente en individuos negros para acudir a los tribunales y exigir el cumplimiento de esta obligación[47]. La *Voting Rights Act* adopta un enfoque más burocrático y tecnocrático. ¿Por qué esa diferencia?

---

[47] Esto introduce cierta simplificación, porque el Título II prevé la existencia de agencias administrativas que desempeñan un papel auxiliar. Si un estado o localidad ha establecido una agencia antidiscriminación, los demandantes han de dar treinta día a la agencia para que resuelva el

Antes ya he proporcionado un marco para formular una respuesta, pero ya es hora de profundizar un poco más en la cuestión. Empecemos por los establecimientos públicos. En general, es mucho más fácil que los individuos negros identifiquen la discriminación en esta esfera: o bien se niegan totalmente a servirles, o bien son dirigidos a la parte posterior del cine. Están, pues, en una buena posición para iniciar un proceso y los tribunales no tendrán problemas graves, por lo que respecta a reunir pruebas, para reclamar sus derechos.

La perspectiva de una respuesta judicial efectiva tiene un efecto retroactivo benigno en los incentivos empresariales. Un restaurante individual integra a costa de perder a todos los blancos racistas, que se van a la competencia, pero cuando todos los restaurantes se colocan en situación de peligro legal, pueden integrar simultáneamente y los racistas blancos no tendrán adónde ir (excepto, tal vez, a un club privado).

La esfera política despliega diferentes características. Empecemos con el problema de la identificación: aunque un registrador racista puede obtener satisfacción personal humillando a un negro al rechazar su solicitud, puede fácilmente conseguir el mismo objetivo de una forma menos insultante: tratando al negro con respeto, pero haciéndole preguntas más difíciles que aquellas que utiliza para hacer la prueba a los blancos. A diferencia del restaurante o del cine de barrio, la oficina de registro del voto es una institución opaca: si la *Voting Rights Act* debía satisfacer las demandas populares de justicia, tendría que tener en cuenta este hecho y diseñar indicadores de resultados más fácilmente mensurables para identificar jurisdicciones sospechosas.

La opacidad institucional era solo parte del problema. La segunda parte se refería al proceso de retroalimentación realmente distinto, que afectaba a la esfera política. A diferencia de la dinámica positiva verificada en el mercado, la admisión de negros en los registros de votación generó una reacción negativa, que hizo que los políticos blancos manipularan otras reglas relacionadas con el voto para atenuar el poder electoral negro. Como sugirió *Allen v. State Board of Elections* y confirmó el Congreso, el único remedio eficaz era la aprobación previa federal de todos los cambios electorales para considerar su impacto real en el poder político de los negros como grupo, no meramente en el de los negros como votantes individuales.

Este es el problema de la resistencia institucional y junto con la opacidad del registro para poder votar explica el cambio verificado desde las

problema, a tenor de §204(c); si no existe tal agencia, el tribunal federal tiene que conceder también al nuevo Servicio de Relaciones Comunitarias federal, establecido por la ley, hasta ciento veinte días para que trate de obtener el cumplimiento voluntario, a tenor de §204(d). Finalmente, el Departamento de Justicia está autorizado a iniciar un proceso para impugnar un «patrón o práctica» dominante, §206(a).

normas de la anticategorización en la esfera de los establecimientos públicos al planteamiento del resultado cuantificable refrendado por la *Voting Rights Act*. El cambio de la anticategorización al empoderamiento de grupo no es un síntoma de profunda incoherencia. Es el signo de una notable sofisticación en la adaptación de los poderes reguladores del Estado administrativo a los problemas reales específicos planteados por el racismo en dos esferas diferentes.

En realidad, el Congreso resultó tener razón en ambos casos. El enfoque clásico centrado en los tribunales adoptado por la *Civil Rights Act* bastó, tras algo más de presión por parte de los grupos negros, para que se dejase de aplicar la segregación en los establecimientos públicos sureños. Pero fue únicamente el enfoque tecnocrático y grupal de la *Voting Rights Act* lo que a la postre acabó con la fuerza de la resistencia racista en la esfera política.

Dos esferas de la vida; dos regímenes legales; dos éxitos por haber sabido dar vida a la ley.

Es fácil olvidarse de estos triunfos y asumir que el «progreso» era algo inevitable. Al contrario, deberíamos ver estas disposiciones de trascendencia histórica por lo que son: logros de los que el pueblo estadounidense puede sentirse orgulloso.

¿Iban a repetirse también en otras partes?

IX
TECNOCRACIA EN EL LUGAR DE TRABAJO

Empecemos explorando el gobierno por los números en un entorno notablemente bien definido. La *Voting Rights Act* imponía una prueba de todo o nada a los sistemas de votación sospechosos: si una jurisdicción dejaba de cumplir los objetivos cuantitativos de la ley pasaba a la intervención federal y permanecía allí durante mucho tiempo. Lo único que contaba eran los resultados. Los principios tradicionales del federalismo eran superados por las medidas tecnocráticas de actuación.

Esta adopción de una prueba de resultado nítido era producto de una amarga experiencia. El Departamento de Justicia ya había tratado de superar la resistencia sureña mediante el uso de demandas judiciales tradicionales y tenía muy poco que presentar como resultado de sus esfuerzos. El gobierno por los números era la única respuesta creíble a la enfática demanda de los estadounidenses de a pie de un avance decisivo.

Cuando pasemos al lugar de trabajo contaremos una historia más complicada. Para el gobierno de Kennedy la discriminación en el empleo nunca había sido una prioridad. Cuando el presidente Johnson puso más energía en la iniciativa, los involucrados en ella abordaron cuestiones básicas de diseño institucional. Para los Demócratas, el modelo obvio era el de la National Labor Relations Board [Junta Nacional de Relaciones del Trabajo, NLRB], por lo que trataron enérgicamente de dotar de unos poderes comparables a la Equal Employement Opportunity Commission [Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo, EEOC]. Pero para los Republicanos, la NLRB era un símbolo de la peor especie del intervencionismo del *New Deal*, y optaron por un enfoque clásico centrado en los tribunales.

El resultado fue la creatividad institucional: el Congreso creó la EEOC, pero la agencia implicó a los tribunales de una manera característica, generando un planteamiento asimilable a una «tercera vía» al gobierno por los números. A diferencia de lo sucedido con el derecho al voto, no se produjo ninguna ruptura con las ideas tradicionales de responsabilidad individual. Aunque la noción de discriminación «intencional» siguió siendo

importante, fue reinterpretada para dar una importancia mayor, aunque no decisiva, al recuento de las minorías. El resultado fue el *individualismo tecnocrático*, una etiqueta no muy afortunada pero que describe bien los principios constitucionales que acabaron emergiendo.

Igual que en el caso del derecho al voto, asistiremos a un drama en tres actos. El primer acto trata de la aprobación del Título VII en 1964. El segundo acto sigue a la EEOC y a los tribunales durante los ocho años en los que desarrollaron las herramientas características del individualismo tecnocrático. Esto creó el marco para el tercer acto, mediante el cual el Congreso y el presidente regresan a las cuestiones primordiales en 1972 y codifican la combinación característica de valores constitucionales que había creado la EEOC en asociación con los tribunales.

Primer Acto: ofensiva inicial

El Título VII utiliza el lenguaje grandilocuente de los principios: será «una práctica del empleo ilícita discriminar a cualquier individuo en función de su raza, color, religión, sexo u origen nacional»[1]. Este mandato se aplica a todos los empresarios significativos del sector privado[2]. Pero no se extiende a todos los empleados del sector público. Esta limitación era importante en la práctica y en la teoría. En la práctica, exoneraba a las burocracias estatales sureñas, aunque estuviesen claramente segregadas. Pero sus implicaciones teóricas son más importantes para los juristas del siglo XXI.

¿Acción estatal inversa?

Al exonerar a los empleados públicos, el Título VII establecía un régimen de «acción estatal inversa» al colocar a los actores privados, *pero no a los estatales*, bajo unos requerimientos igualitarios rigurosos.

En condiciones normales, este sorprendente contrapatrón habría provocado un escrutinio intensivo por parte del Tribunal Supremo, obligándole una vez más a considerar la invalidación de los *Civil Rights Cases*. Pero, curiosamente, la cuestión nunca se planteó. El motivo, en pocas palabras, fue el caso *Heart of Atlanta Motel v. United States*. Una vez que el Tribunal hubo utilizado la Cláusula de Comercio para confirmar la prohibición del Título II a la segregación en hoteles y restaurantes privados, el objeto exclusivo del Título VII en las empresas privadas ya no planteaba ningún

[1] §703, 78 Stat., 1964, pp. 241, 255.
[2] La Sección 702 garantizaba una serie de exenciones limitadas, concretamente la que permite a las organizaciones religiosas discriminar en base a la confesión profesada.

problema. Una vez más, la Cláusula de Comercio podía salvar la situación, especialmente teniendo en cuenta que el Tribunal podía basarse en sus famosas decisiones características del *New Deal* confirmando la *Wagner Act*: si la Cláusula de Comercio era lo suficientemente buena para fundamentar el derecho de un trabajador a sindicarse en 1937, también lo era para que todos los trabajadores tuvieran derecho a un trato justo en 1964[3]. La cosa estaba tan clara que el Tribunal de Warren nunca se molestó en redactar un dictamen sobre el tema. Simplemente dio por descontado que el Título VII era constitucional sin explicar por qué; cualquier jurista competente podía rellenar los espacios en blanco.

Sin embargo, es importante considerar la ruta no seguida. Supongamos por un momento que el Tribunal Supremo hubiese respaldado el Título II, aduciendo la protección igual y rechazando las objeciones a la acción estatal en un dictamen similar a la versión de los *Civil Rights Cases* de 1967, que presento en el capítulo 7. Dicha decisión habría alentado a los litigantes a convertir la doctrina de la acción estatal inversa del Título VII en un caso famoso, proporcionando al Tribunal de Warren otra ocasión para desarrollar una argumentación similar a la de *Brown v. Board of Education* a favor de llevar la norma de la protección igual más allá de los *Civil Rights Cases* de 1883. En este escenario, los *United States Reports* habrían contenido un segundo dictamen explicando que el empleo privado, igual que los establecimientos públicos, era una esfera crucial de la vida social en el mundo moderno, que la humillación institucionalizada generaría previsiblemente un duradero «sentimiento de inferioridad respecto al estatus [de los trabajadores negros] en la comunidad» y que los *Civil Rights Cases* de 1883 se equivocaban al desestimar estos profundos insultos como no merecedores de protección constitucional. Insto al lector a escribir su propio dictamen hipotético en este sentido, ya que es una buena forma de saber dónde se sitúa en el patrón de argumentación característica de *Brown*, que yo estoy ofreciendo como modelo para el futuro desarrollo de la normativa sobre los derechos civiles. Pero ya he dicho lo suficiente para subrayar el aspecto clave de la cuestión: que el típico juez/jurista actual no dedica ni un momento a pensar en la doctrina de la acción estatal inversa.

El villano, una vez más, es el carácter extraordinariamente estrecho del canon moderno. Los juristas constitucionales descodifican el significado de la revolución de los derechos civiles exclusivamente consultando los *United States Reports*. Como los Tribunales de Warren y Burger no tratan el tema de la acción estatal inversa, podemos ignorarlo. Y eso es todo.

Es un grave error. La *Civil Rights Act* fue la iniciativa igualitaria más importante desde la Reconstrucción. Seguramente tiene algo que

[3] Véase *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S., 1937, p. 1.

enseñarnos acerca del significado de la igualdad constitucional. ¿No es hora ya de lanzar una nueva mirada sobre la decisión del Título VII de insistir en la importancia crucial de la esfera del empleo privado?

El compromiso Dirksen-Mansfield

Hemos de abordar los estándares operacionales del Título VII con el mismo espíritu. El Congreso interpretó su principio de antidiscriminación en un sentido individualista, rechazando el «tratamiento preferencial» para los empleados simplemente porque su grupo estaba subrepresentado en relación a su proporción en «la mano de obra disponible»[4]. Justificaba la reclamación de un trabajador solo si la empresa había procedido «de manera deliberada» a una «práctica de empleo ilegítima»[5].

Estas disposiciones se añadieron en un momento decisivo: Everett Dirksen las convirtió en parte de su compromiso con Mike Mansfield, que rompió el obstruccionismo del Senado[6]. Deberíamos, pues, hacer una pausa para entender exactamente qué requerían, y qué no, estas disposiciones.

Dicho de un modo sencillo, el compromiso rechazaba la versión más contundente del gobierno por los números refrendada un año más tarde en la *Voting Rights Act*. Continuó hablando en el tradicional lenguaje legal de la discriminación «intencional» y consideró que el «desequilibrio estadístico», en sí mismo, era insuficiente para justificarla. Pero estas fórmulas no implicaban un rechazo general del gobierno por los números. Establecían un marco básico dentro del cual la tradición legal revelaba una notable capacidad para introducir indicadores cuantitativos en su interpretación de la «intencionalidad» en el entorno característico de la empresa moderna.

Para empezar con lo más básico, la ley ha utilizado tradicionalmente un enfoque objetivo en lo que concierne a las cuestiones de la intencionalidad, suponiendo que la gente «persigue deliberadamente» las consecuencias «naturales y probables» de sus actos. Esta regla general reintroduce los números en la ecuación cuando se aplica a las circunstancias especiales de los directores de personal en las empresas modernas. Cuando nuestro hipotético director crea políticas de contratación y promoción para su empresa, discrimina *intencionalmente* si sus políticas son *predeciblemente* desventajosas para los negros. Solo hay una forma de escapar a esta presunción. «Es cierto que mis políticas perjudican de forma desproporcionada a los negros» puede

---

[4] Véase §703(j).
[5] Véase §706(g).
[6] Para un resumen conciso de las modificaciones más importantes, véase Paul Moreno, *From Direct Action to Affirmative Action*, Baton Rouge (LA), Louisiana University Press,1997, pp. 219-222.

que explique el director, «pero son necesarias para conseguir mi objetivo: una mano de obra cualificada». Solo en casos de necesidad empresarial, el impacto adverso se considerará como un efecto secundario no deseado de la decisión del director y no como una de sus consecuencias pretendidas.

Nada en la historia legislativa cuestiona esta interpretación. Algunos han destacado el comentario de Hubert Humphrey a tenor del cual «el requerimiento expreso de la intencionalidad está pensado para dejar completamente claro que la discriminación inadvertida o accidental no constituye una violación del título»[7]. Pero estos comentarios simplemente clarifican un desafío legal básico planteado por el compromiso Dirksen-Mansfield: cómo distinguir entre lo «inadvertido o accidental» y lo «natural y probable» al valorar la política de empleo de cada empresa.

En el mundo moderno, solo hay una forma responsable de establecer esta distinción y es recurrir a las técnicas estadísticas para valorar las probabilidades. Solo un ludita repudiaría estos métodos modernos y los luditas no abundaban precisamente en Washington DC.

El Congreso creó una nueva Comisión de Igualdad de Oportunidades Económicas [Equal Employment Opportunity Commission, EEOC] capaz de implicarse en el endiablado trabajo estadístico. La ley autorizaba a la agencia a presentar una queja administrativa contra cualquier empresa de la que tuviese un «motivo razonable para creer» que estaba implicada en prácticas de discriminación[8]. Esta no era una tarea menor, ya que la norma estaba pensada para cubrir a más de trescientas mil empresas y a las tres cuartas partes de la mano de obra total[9]. Si la EEOC se limitaba a atender las quejas de los trabajadores individuales, estaría dando vía libre a los patronos más represivos, cuyas amenazas de represalia impedirían que los trabajadores hicieran oír su voz. El análisis estadístico de las pautas generales de empleo proporcionaría a la nueva agencia una información más exacta de la situación, facilitándole la identificación de los peores infractores.

Esto era bastante obvio y la ley concedía explícitamente a la EEOC autoridad para ordenar a las empresas «que mantuvieran […] los registros» necesarios para el correcto funcionamiento de la agencia[10]. Pero otras

---

[7] 110th *Congressional Record*, 1964, pp. 12723-12724.

[8] Véase §706 (a), 78 Stat., 1964, pp. 241, 259.

[9] Véase John D. Skrentny, *The Ironies of Affirmative Action: Politics, Culture, and Justice in America*, Chicago, Chicago University Press, 1996, p. 121.

[10] Véase § 709(c), 78 Stat., 1964, pp. 241, 263. Los senadores Joseph Clark y Clifford Case fueron los cogestores del Título VII, y su memorándum interpretativo dejaba muy claro que el análisis estadístico de las pautas de contratación racial era esencial: «Los requisitos para el mantenimiento de registros son una parte habitual y necesaria de una ley reguladora. Son particularmente esenciales en el Título VII, porque *el hecho de que una determinada acción sea discriminatoria o no dependerá de los motivos del demandado*, que se pondrán normalmente de manifiesto por su pauta de conducta en ocasiones similares», (110th *Congressional Record*, 1964,

muchas cosas estaban todavía pendientes de resolver. Para los Demócratas progresistas, no bastaba con que la EEOC investigase e identificase a las empresas culpables de prácticas laborales discriminatorias. Querían otorgar a la EEOC autoridad para emitir órdenes de cese y desistimiento de obligado cumplimiento. Su modelo era la NLRB. Del mismo modo que la Junta obligaba a los empresarios a negociar con los sindicatos, la EEOC les obligaría a combatir los prejuicios. Si a los empresarios no les gustaban las órdenes de la EEOC podrían impugnarlas ante un tribunal federal, pero tenían que demostrar que la agencia había actuado arbitrariamente.

La agencia soñada por los Demócratas era la pesadilla de los Republicanos. El senador Dirksen y otros muchos Republicanos habían dedicado sus vidas políticas a denunciar la NLRB por interferir en las prerrogativas empresariales. Se rebelaban ante la posibilidad de un clon de la NLRB emitiendo otra serie de órdenes de cese y desistimiento. No era ninguna sorpresa, por lo tanto, que el compromiso Dirksen-Mansfield privase a la EEOC del poder de dictar este tipo de órdenes. En virtud del compromiso, la nueva agencia solo podría funcionar como un servicio de conciliación, recordando a los empresarios que tenían que atender sus quejas y las presentadas por los trabajadores de forma individual. Si la EEOC no podía conseguir que las partes resolviesen el problema en el plazo de sesenta días solo los trabajadores afectados –no la EEOC– podrían acudir a los tribunales para que hiciesen respetar sus derechos[11].

---

p. 7214; las cursivas son mías. El compromiso Dirkson-Mansfield introdujo una nueva subsección (d) que trataba de evitar que la EEOC y las agencias antidiscriminación estatales impusieran a los patronos determinados requisitos de registro duplicados. Pero autorizaba explícitamente a la EEOC a exigir informes adicionales cuando fuese «necesario debido a las diferencias en cobertura o métodos para hacer cumplir la ley entre la ley estatal o local y las disposiciones de este título», 79 Stat., 1964, pp. 241, 263. Este lenguaje justificaba suficientemente los requisitos de los informes por parte de la EEOC. Si bien los historiadores y los politólogos proporcionan los mejores relatos de este episodio –véanse John D. Skrentny, *The Minority Rights Revolution*, Cambridge (MA), The Belknap Press of Harvard University Press, 2002, pp. 104-105, y H. Graham, *The Civil Rights Era*, cit., pp. 193-197– concluyen que la historia legislativa y normativa era «imprecisa» (Skrentny) o que «claramente» prohibía a la EEOC imponer requisitos de información (Graham). Al contrario, el mandato legal de la Comisión era absolutamente no problemático. Este punto fue discutido más a fondo en un coloquio celebrado en el hemiciclo entre Dirksen y Clark. Dirksen comentó que su estado natal, Illinois, «prohibía explícitamente [a su agencia antidiscriminación] hacer ninguna referencia al color de la piel o a la religión […]. ¿Vamos a obligar ahora a un empresario a violar la ley estatal para cumplir con una ley federal que en teoría tienen el mismo propósito?». Clark dio una respuesta legal estándar: «Las leyes estatales darían prioridad a la ley federal, ya que es necesario tener estos datos para determinar si existe una pauta de discriminación». Cuando Dirksen preguntó si el propio Congreso tenía que especificar el formulario apropiad de la EEOC en la ley, Clark proporcionó una vez más la respuesta administrativa legal apropiada: «El Congreso no puede establecer requisitos de registro definidos y no ha de tratar de incluirlos en la ley porque todavía se desconoce qué registros serán necesarios», 110th *Congressional Record*, pp. 7214-7216. ¿Qué podía ser más claro?

[11] Algunos estudiosos han afirmado que el acuerdo de Dirksen con Mansfield comportaba «cambios cosméticos» que no eran importantes, pero esto es un error. Véase Daniel Rodriguez y Barry Weinsgast, «The Positive Political Theory of Legislative History: New Perspectives on the Civil

Todo esto constituye una forma específica de colaboración agencia-tribunal. La ley-hito siguió el guión característico del *New Deal* al crear una agencia independiente compuesta de cinco inspectores con el poder de investigar el mercado de trabajo, identificar potenciales infractores y atender quejas individuales. Pero correspondía a los tribunales, no a la agencia, confirmar las quejas de los trabajadores en la fase del cumplimiento.

El Congreso atenuó su enfoque centrado en el trabajador autorizando al Departamento de Justicia a entablar una demanda contra cualquiera que estuviese «involucrado en una pauta o práctica de resistencia al pleno disfrute» de los derechos de un empleado. En la práctica, sin embargo, esta era una pequeña excepción; la División de Derechos Civiles era un grupo de elite con muchas tareas asignadas, que no podía permitirse entablar campañas masivas de cumplimiento. La carga principal seguía recayendo sobre los trabajadores, que contaban con la ayuda del Fondo de Defensa Legal de la NAACP y de otros grupos con recursos limitados. Para resumir, digamos que el Título VII creó un planteamiento prácticamente similar al del *New Deal* mezclando actores públicos y privados en un patrón característico para hacer realidad sus ambiciosos objetivos. Solo quedaba una cuestión por resolver: ¿funcionaría?

La respuesta fue que la mayor parte de las veces no. La ley no conseguía en absoluto proporcionar un alivio eficaz a las quejas individuales, pero era mucho más eficaz utilizando técnicas estadísticas para investigar el mercado de trabajo en general, identificar a los peores infractores y poner al descubierto las prácticas discriminatorias dominantes. Estos éxitos, que recordaban al *New Deal,* fueron luego confirmados por el Congreso mediante una ley de consolidación aprobada en 1972. En suma, nuestra historia corre paralela al desarrollo en tres fases de las *Voting Rights Acts* de 1965 y 1970, pero con algunas importantes variaciones institucionales.

Segundo Acto: La emergencia del individualismo tecnocrático

La Ley de 1964 estableció una moratoria de un año para dar a la EEOC la oportunidad de equiparse mientras los empresarios revisaban sus prácticas habituales. Pero la Administración desperdició esta oportunidad; a falta de un mes para cumplirse la moratoria, la Comisión no tenía comisionados, ni personal, ni oficinas. Cuando Johnson finalmente nombró un presidente, Franklin Delano Roosevelt Jr., este personaje de nombre imponente estaba más interesado en presentarse para alcalde de Nueva York que

Rights Act of 1964 and its Interpretation», cit., p. 1417. Pero también es importante reconocer, cosa que Rodriguez y Weingast no hacen, que el acuerdo de Dirksen era el comienzo, no el final, de un proceso constitucional más general que fortaleció considerablemente la EEOC en 1972.

en abrir camino a su agencia[12]. Ni siquiera se molestó en aparecer por el Capitolio para defender su presupuesto, y la EEOC obtuvo una miseria para su primer año de vida[13].

Al mismo tiempo, los grupos pro derechos civiles estaban organizando una campaña para desbordar a la incipiente agencia con un alud de quejas individuales. «La mejor forma de hacer que sea enmendado [el Título VII] es demostrar que no funciona», explicó Jack Greenberg, director del Fondo de Defensa Legal de la NAACP[14].

A medio plazo, la estrategia de Greenberg sirvió para convencer al Congreso para que mejorase los poderes de la agencia, pero a corto plazo creó prejuicios. Un miembro de la agencia recordó: «Fuimos inicialmente programados para tratar unos dos mil quinientos casos [el primer año]. Recibimos seis mil peticiones. Nos hemos ido apagando desde entonces»[15]. La agencia consiguió conciliar solo ciento diez de sus primeros quince mil casos, lo que no fue ninguna sorpresa, porque había contratado solamente a cinco conciliadores para todo el país[16]. Las cosas no mejoraron: la comisión recibió quince mil quejas más en 1968, pero solo concilió quinientos trece casos[17].

Los empleados eran libres, transcurridos sesenta días, para llevar su queja ante los tribunales, pero esto tampoco funcionó. Se presentaron menos de cien demandas en 1968 y casi todas fracasaron. En los primeros cuatro años, solo cuatro trabajadores obtuvieron desagravio por su cuenta (y en tres de estos casos el Departamento de Justicia había presentado un escrito de conciliación)[18]. El compromiso de 1964 fue un fracaso.

El gobierno por los números

La incipiente agencia podría haberse visto sepultada bajo este aluvión de quejas. De manera notable consiguió encontrar la energía para experimentar con un planteamiento alternativo y más prometedor. Esta estrategia empezó requiriendo que cada empresa sometida a su universo regulador

---

[12] J. D. Skrentny, *The Ironies of Affirmative Action: Politics, Culture, and Justice in America*, cit., pp. 122-124.

[13] La asignación a la EEOC para el ejercicio presupuestario de 1966 fue de 2,75 millones de dólares, lo que «lo que la situaba por debajo de la Oficina de Investigación sobre el Carbón y del Programa Federal de Seguro de Cosechas, en lo que respecta a presupuesto y personal», *ibid.*, p. 123.

[14] James Harwood, «Rights Groups May Ask Stiffening of ’64 Law’s Employment Provisions», *The Wall Street Journal*, 28 de mayo de 1968, p. 1.

[15] J. D. Skrentny, *The Minority Rights Revolution: Politics, Culture, and Justice in Americ*, cit., p. 124.

[16] *Ibid.*, pp. 122-24.

[17] H. Graham, *The Civil Rights Era*, cit., p. 422.

[18] *Ibid.*

presentase el formulario anual EEO-1 [Equal Employment Opportunity] sobre el perfil racial de sus empleados en términos cuantitativos. La agencia podría entonces utilizar esta información para identificar a los peores infractores sin tener que depender del azar de las quejas individuales.

La chispa que encendió este esfuerzo fue el profesor de derecho Alfred Blumrosen, un consultor de la agencia durante el periodo de arranque de esta. Incluso antes de que la EEOC abriera sus puertas, Blumrosen la instó a adoptar una estrategia basada en la recolección de datos. «Lo consideré como tal vez el mejor instrumento de cualquier programa encaminado a eliminar la discriminación en el empleo […]. Aquí había por fin una base para programas gubernamentales que no estaban basados en las quejas y que podían centrarse de manera eficaz en potenciales discriminadores […]. Había una escasez perenne de recursos humanos y económicos en los programas antidiscriminación. Si el gobierno podía centrarse, mediante el sistema de informes, en aquellos empresarios en los que la infrautilización era mayor, existía la posibilidad de combatir con éxito la discriminación»[19].

Blumrosen consiguió rápidamente el apoyo de Roosevelt, pero ello no fue suficiente para que despegase el proyecto. Teniendo en cuenta su papel en la creación de la agencia, el senador Dirksen podría haber bloqueado el programa denunciándolo como inconsistente con la iniciativa del Congreso. Pero cuando fue consultado, lo aprobó rápidamente, proporcionando pruebas de que una mayoría bipartidista en el Congreso esperaba que la EEOC hiciese honor a la promesa de competencia del *New Deal*[20]. La agencia llevó luego su propuesta a una Conferencia en la Casa Blanca sobre Igualdad de Oportunidades en el Empleo, que se celebró en agosto de 1965, durante el segundo mes de su funcionamiento.

Allí se encontró, sorprendentemente, con la resistencia de grupos pro derechos civiles. Clarence Mitchell, de la NAACP, sostuvo que los informes sobre cuestiones raciales «abrían la puerta a la discriminación, y si ustedes afirman que no es cierto, lamento decirles que no han estado expuestos a todos los problemas que existen en este país»[21]. La oposición de los líderes de los derechos civiles era, al parecer, más que suficiente para acabar con la creación de la incipiente agencia.

Pero no lo fue, y ello por motivos que son centrales para mi tesis. Los directivos de la EEOC afirmaron categóricamente que un sistema de informes sobre cuestiones raciales era un mecanismo esencial para identificar a los peores infractores; y fueron respaldados por los funcionarios de las

---

[19] Alfred Blumrosen, *Black Employment and the Law*, New Brunswick (NJ), Rutgers University Press, 1971, p. 68.
[20] *Ibid*., p. 73.
[21] Véase H. Graham, *The Civil Rights Era*, cit., p. 199.

agencias estatales de empleo[22]. Con repetidas advertencias de que el éxito de la agencia estaba en juego, el imperativo administrativo se impuso. El apoyo de la conferencia de la Casa Blanca proporcionó a la agencia el impulso que necesitaba para el programa nacional de información, que se puso en marcha a comienzos de 1966[23].

Para algunos conservadores, el nacimiento del sistema de informes sobre cuestiones raciales es una prueba de que los activistas de los derechos civiles se habían hecho con el control de la agencia. Pero la oposición de destacados grupos pro derechos civiles en la conferencia de la Casa Blanca quita verosimilitud a esta tesis. En realidad, un estudio empírico cuidadoso pone de manifiesto que el personal de la EEOC «cubría todo el espectro político», desde los conservadores a los progresistas[24]. Simplemente no hay pruebas de que la toma de decisiones políticas la dominasen los «ideólogos de los derechos civiles»[25].

En vez de dejarnos seducir por las teorías a la moda de la «captura», tendríamos que considerar el formulario EEO-1 como la típica respuesta del *New Deal* a un problema regulador estándar: la agencia traicionaría su competencia si no era capaz de seguir la pista de las complejas y variables pautas de discriminación existentes en su enorme universo regulador. Sin la publicación regular de informes, no era posible identificar a los peores infractores de una forma razonable; y sin esta identificación era poco probable que se pudiese salvar la distancia existente entre la normativa legal oficial y la realidad social, y eso era ni más ni menos lo que pretendía la Segunda Reconstrucción[26].

Una vez que las empresas empezaron a rellenar los formularios de la EEOC, la comisión dio el paso lógico siguiente: a partir de 1967 organizó una serie de «foros» públicos, que trataban de identificar la discriminación existente en una serie de mercados problemáticos[27]. Esto es lo que les dijo

---

[22] Véase J. D. Skrentny, *The Minority Rights Revolution: Politics, Culture, and Justice in America*, cit., p. 128.
[23] Véase *ibid*., pp. 128-131, donde se describe la conferencia y los pasos administrativos dados posteriormente por la EEOC para lanzar el programa.
[24] Nicholas Pedriana y Robin Stryker, «The Strength of a Weak Agency: Enforcement of Title VII of the Civil Rights Act and the Expansion of State Capacity, 1965-1971», *The American Journal of Sociology*, vol. 110, 2004, pp. 709, 721.
[25] *Ibid*.
[26] J. D. Skrentny, *The Ironies of Affirmative Action: Politics, Culture, and Justice in America*, cit., llama a esto «pragmatismo administrativo», pp. 111-114, y en este punto reconozco estar en deuda con él. Mi contribución sitúa este impulso pragmático en un marco constitucional más general. Desde un punto de vista constitucional, el «pragmatismo» de Skrentny representa el intento de la agencia de reivindicar la pericia que es central para su legitimidad en el marco del régimen del *New Deal*-Derechos Civiles.
[27] *Ibid*., pp. 132-133.

Clifford Alexander Jr., el nuevo director de la agencia, a los representantes de la industria farmacéutica cuando les explicó por qué recurría a ellos:

> En primer lugar, queremos mostrarles a todos ustedes, que son indudablemente conscientes de la existencia de las pautas de empleo de las minorías en sus empresas, el cuadro general del sector. No creo que sea un cuadro del que puedan sentirse orgullosos.
>
> En segundo lugar, quiero describir el tipo de esfuerzo que podría contribuir a cambiar este cuadro. *Queremos tratar de evitar, tanto en su interés como en el nuestro, el farragoso proceso de reclamación, que sería la alternativa inevitable al tipo de acción voluntaria que pretendemos iniciar hoy*[28].

La amenaza final de Alexander era básicamente un farol. El enorme atraso que llevaba la agencia suponía que un acto de conciliación podía tardar años y los empresarios tenían poco que temer si elegían resistir, ya que los trabajadores demandantes (o en algún caso raro el Departamento de Justicia) se verían obligados a acudir a los tribunales en busca de reparación.

De todos modos, la agencia estaba preparando el terreno para una reorientación fundamental del significado operativo de la discriminación racial. Estaba ofreciendo a las empresas que eligiesen: o bien seguir presentando informes raciales negativos en su Formulario EEO-1 y correr el riesgo de ser demandadas, o presentar unos informes numéricamente mejores a los del año anterior y salir de este modo del atolladero.

Los conservadores condenaron esta medida tachándola de ilegal, pero no lo era en absoluto[29]. Aunque la ley prohibía a la agencia que «exigiese» cuotas, la EEOC no estaba *requiriendo* nada y mucho menos unas cuotas rígidas. Estaba simplemente informando a las empresas reguladas cómo pensaba desplegar sus escasos recursos de investigación para cumplir la misión que le encomendaba la ley, proporcionando de este modo a las empresas serias la información que necesitaban para evitar intervenciones legales potencialmente perjudiciales. Como sugería Alexander, esta técnica de probada calidad beneficiaba a todas las partes implicadas.

Las empresas tenían derecho a poner en evidencia a la agencia y desafiar a los trabajadores o al Departamento de Justicia a presentar una demanda formal[30]. Sin embargo, la decisión de la agencia de cumplir con la promesa

---

[28] Richard Nathan, *Jobs and Civil Rights: The Role of the Federal Government in Promoting Equal Opportunity in Employment and Training*, Brookings Institution, Washington DC, 1969, p. 30 (discurso de Clifford Alexander, 6 de octubre de 1967; las cursivas son mías).

[29] Véase la nota 10, supra.

[30] La presentación de demandas en los tribunales de distrito federales empezó a tomar impulso en los años de Nixon, quintuplicándose desde trescientas cuarenta y cuatro en 1970 a mil setecientas ochenta y siete en 1973. Véase Paul Burstein y Kathleen Monaghan, «Equal Employment and the Mobilization of Law», *Law & Society Review*, vol. 20,1986, pp. 333, 361, cuadro 1.

pericial del *New Deal* estaba resituando la cuestión del gobierno por los números en la agenda política: ¿sería este modo de negociación «voluntaria» en torno a determinados objetivos cuantitativos –con una amenaza implícita de litigio– merecedor de rechazo o de consolidación en los años venideros?

La respuesta de Nixon fue muy clara: le dio un apoyo entusiasta. El presupuesto de la EEOC se duplicó y el personal asignado a ella se cuadruplicó, pasando de trescientos cincuenta y nueve empleados en 1969 a mil seiscientos cuarenta en 1972[31]. Su nuevo director, William Brown III, siguió sin dudar de la estrategia de Alexander, estableciendo un claro precedente en un acuerdo firmado con la AT&T en 1970. El acuerdo no solo proporcionó quince millones de dólares en atrasos para los empleados demandantes, sino que también comprometió a la compañía telefónica a desarrollar determinados objetivos cuantitativos en su futura contratación de mujeres y de minorías. Brown utilizó decididamente este acuerdo para instar «a las empresas a comenzar a moverse por iniciativa propia a fin de empezar a cumplir la ley»[32]. La Administración también estaba reforzando su mensaje en otros frentes burocráticos, concretamente mediante el famoso Plan de Filadelfia, que requería agresivamente a los contratistas federales del sector de la construcción que estableciesen unos determinados objetivos cuantitativos[33].

Todo esto creó las condiciones para la celebración en 1972 de un decisivo debate en el Congreso sobre el futuro de la EEOC. Pero antes de pasar a esta ronda de revaluación política, consideraremos el desarrollo de otra agencia que planteó la cuestión de la legitimidad tecnocrática en términos rigurosos.

Pruebas estandarizadas

El gobierno por los números era parte de una revolución tecnocrática más amplia en la organización de la inteligencia colectiva. Las empresas estadounidenses estaban a la vanguardia en este campo: los grandes empleadores se basaban cada vez más en las pruebas estandarizadas a la hora de tomar sus decisiones contractuales, y durante la década de 1960 las empresas que se dedicaban a hacer estas pruebas se habían profesionalizado mucho. El empleo por los números planteó nuevas cuestiones sobre el significado de la igualdad de oportunidades en el empleo. No era inevitable que el Congreso abordase estos temas de la forma debida en 1964, pero lo hizo gracias en gran parte a un accidente de sincronía.

---

[31] Véase H. Graham, *The Civil Rights Era*, cit., p. 448.
[32] Véase D. Kotlowski, *Nixon's Civil Rights: Politics, Principle, Policy*, cit., p. 120.
[33] El secretario de Trabajo de Nixon, George Schultz, resucitó una propuesta que el gobierno de Johnson había abandonado. Cuando el Congreso trató de rechazar la iniciativa, Nixon intervino personalmente para preservar el Plan de Filadelfia. Véase J. D. Skrentny, *The Ironies of Affirmative Action: Politics, Culture, and Justice in America*, cit., pp. 193-209.

Los medios de comunicación jugaron un papel destacado en ello. Arthur Krock, un columnista de *The New York Times,* hizo sonar la alarma en un informe sobre una reciente decisión de la Comisión para las Prácticas Justas de Empleo de Illinois. El protagonista del caso era Leon Myart, un joven negro de 28 años que había solicitado un empleo en Motorola como inspector de control de calidad después de servir un tiempo en el ejército. La empresa le rechazó, alegando que no había respondido correctamente una prueba de aptitud general de veintiocho preguntas, aunque nunca presentó el resultado de la prueba. Myart negó que hubiese contestado mal las preguntas y, en cualquier caso, pasó la prueba cuando fue reexaminado por la comisión de empleo.

El auditor del examen de Illinois no se centró en los hechos sospechosos. Emitió una denuncia general de las pruebas estandarizadas sin pararse siquiera a considerar si la prueba particular a la que fue sometido Myart era apropiada para predecir su aptitud para el trabajo que había solicitado[34].

En opinión de Krock, *Myart v. Motorola* «proporcionó una ilustración gráfica» de «control autocrático» sobre «las políticas de contratación y despido de las empresas privadas», lo cual ahora amenazaba al conjunto de la nación: «Si el Congreso aprueba la medida pendiente, incluido el Título VII,… la burocracia federal se convertiría legalmente en socia de la empresa privada», ejerciendo «el poder de dictar […] normas […] siempre que se plantease la cuestión de la "discriminación"»[35]. Al impulsar *Myart* ante una audiencia nacional, Krock convirtió el caso en una causa célebre para los sureños que trataban de debilitar la ley.

El senador John Tower de Texas tomó la iniciativa. Su enmienda habría creado un refugio seguro para cualquier prueba «profesionalmente desarrollada» y «diseñada para […] predecir» si un empleado era «apropiado o adiestrable» para desempeñar su trabajo[36]. La propuesta fue rechazada por un margen de cuarenta y nueve frente a treinta y ocho votos, con el senador Humphrey encabezando la oposición[37]. Dos días más tarde, sin embargo, Humphrey refrendó una versión reducida de la propuesta de Tower, dejando claro que un empresario no podía simplemente utilizar cualquier prueba profesionalmente preparada. Según esta enmienda, la prueba sería ilegal si era utilizada para discriminar a las

---

[34] *Myart v. Motorola*, 110th *Congressional Record*, 1964, p. 5662.

[35] Arthur Krock, «In the Nation: A Pilot Ruling on Equal Employment Opportunity», *The New York Times*, 13 de marzo de 1964, p. 32. Véase H. Graham, *The Civil Rights Era*, cit., pp. 149-150.

[36] 110th *Congressional Record*, 11 de junio de 1964, p. 13492. Tower explicó: «Mi enmienda es muy sencilla. Estipula que un empresario puede proponer una prueba profesionalmente desarrollada a cualquier individuo que busque empleo o que sea considerado para una promoción o un traslado, y actuar de conformidad con el resultado de dicha prueba», *ibid*.

[37] 110th *Congressional Record*, p. 13505, 11 de junio de 1964.

minorías[38]. Pero, ¿cómo iban a determinar la EEOC o los tribunales si su uso era discriminatorio?

Nadie en el Senado pensó en plantear, y mucho menos en responder, esta cuestión clave. Una vez satisfecha la preocupación de Humphrey, la enmienda fue aprobada en votación oral sin más debate[39]. El Senado simplemente no proporcionaba directrices claras, ni a la agencia ni a los tribunales, acerca de cuándo había que prohibir el uso de las pruebas.

La agencia respondió al estilo *New Deal*. Dado el énfasis puesto por Tower y Humphrey en las pruebas «profesionalmente desarrolladas», las directrices dadas a la agencia en 1967 se basaron de modo determinante en los estándares recientemente desarrollados por la American Psychological Association[40]. Pese a sus pesadas cargas administrativas, la EEOC de Nixon preparó un conjunto más elaborado de estándares en 1970.

Esta clásica iniciativa típica del *New Deal* generó criterios que caían perfectamente dentro de los límites de las teorías más convencionales asumidas por los psicólogos profesionales. La agencia ponía de relieve que «el estándar definitivo […] no es el resultado de la prueba, sino la actuación en el puesto de trabajo» y apoyaba el uso de pruebas solo cuando pudiesen ser estadísticamente verificadas como un «predictor válido» del «rendimiento laboral» de una minoría[41].

Pero, ¿estarían de acuerdo los jueces? Este fue un tema clave en *Griggs v. Duke Power*, sobre el que dictó sentencia el Tribunal Supremo en 1971. La empresa sureña había permitido tradicionalmente trabajar a los negros solo como peones no cualificados. Con la aprobación de la ley, Duke Power reconoció que los tiempos habían cambiado y anunció que los negros podrían ahora ser promocionados a otros departamentos, pero solo si conseguían aprobar un test de inteligencia estandarizado (o si conseguían un diploma de enseñanza secundaria).

La empresa no había hecho ningún esfuerzo estadístico para establecer que su prueba era un buen predictor de actuación en el lugar de trabajo. Aunque los negros tenían un nivel de fracaso superior al de los blancos, Duke Power argumentaba que su buena intención era suficiente a tenor de la enmienda Tower, y lanzaba un asalto en toda regla contra la autoridad de la comisión para sostener lo contrario.

---

[38] El texto final de la Enmienda de Tower estipulaba que «la prueba, su administración o acción en función de los resultados» no sería «diseñada, concebida, *ni utilizada* para discriminar a nadie en función de su raza, color, religión, sexo u origen étnico», 110th *Congressional Record*, 13 de junio de 1964, p. 13724; las cursivas son mías.
[39] *Ibid*.
[40] Véase American Psychological Association, *Standards for Educational and Psychological Tests and Manuals*, Washington DC, AERA Publication 1966.
[41] Véase *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S., 1971, pp. 424, 433, nota 9.

La empresa reconocía que estaba librando una ardua batalla. Desde el *New Deal*, el Tribunal Supremo había dado a las agencias administrativas una gran libertad de acción para interpretar y aplicar su normativa reguladora. Pero la EEOC era diferente. Dado el humilde papel de la comisión como investigador y conciliador, Duke Power instó al Tribunal a poner a la agencia en su sitio y a mantener el control judicial sobre la interpretación legal.

El presidente del Tribunal Supremo Warren Burger rechazó la invitación. Hablando en nombre de un Tribunal unánime, insistía en que las interpretaciones legales de la EEOC tenían derecho a la «gran deferencia» generalmente otorgada a las agencias del *New Deal*, y utilizaba las directrices de la agencia como elemento clave para evaluar los argumentos de la empresa[42]. Para defenderse, Duke Power se basó sobre todo en las consideraciones de tribunales inferiores, que absolvían a sus ejecutivos de tener razones racistas en la adopción de su prueba estandarizada. Pero Burger rechazó la interpretación como irrelevante y adoptó el punto de vista tradicional a tenor del cual un actor obtendría las consecuencias predecibles de sus acciones. La empresa ciertamente pretendía utilizar la prueba no verificada y, teniendo en cuenta las directrices de la empresa respecto a la realización de pruebas, la decisión de Duke Power la condenaba a tenor de la ley. Si una prueba estandarizada no predecía realmente la actuación del examinado en el mundo real, era meramente una forma tecnocrática de impedir que los empresarios evaluasen las cualificaciones reales de los solicitantes; y si los solicitantes negros no pasaban la prueba de una forma desproporcionada, los métodos tecnocráticos de la empresa equivalían a una caprichosa forma de discriminación laboral. El objetivo principal de la norma, insistía Burger, era individualista y meritocrático: obligar a los empresarios a valorar las cualificaciones de los candidatos para un trabajo determinado, no su habilidad abstracta para pasar unas pruebas. En ese contexto, el Título VII exigía a los empresarios algo más que buenas intenciones: insistía en la erradicación de «todas las prácticas que son formalmente imparciales, pero discriminatorias en la práctica»[43].

Burger estaba interpretando la ley-hito para expresar las aspiraciones características del régimen del *New Deal*-Derechos Civiles a fin de salvar la brecha existente entre los ideales igualitarios expresados en los códigos

---

[42] Véase Rueul E. Schiller, «The Era of Deference: Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law», *Michigan Law Review*, vol. 106, 2007, p. 399.

[43] Hay quien cree que la interpretación que *Griggs v. Duke Power Co.* hace de la ley «entra en conflicto con la historia del funcionamiento y con la historia legislativa del Título VII». Véase, por ejemplo, H. Graham, *The Civil Rights Era*, cit., p. 389, que cita a Gary Bryner, «Congress, Courts, and Agencies: Equal Employment and the Limits of Policy Implementation», *Political Science Quaterly*, vol. 96 1981, p. 411. Pero estos autores no abordan adecuadamente las discusiones del Tribunal sobre la historia legislativa relevante; véase *Griggs v. Duke Power Co.*, p. 434-436, que de hecho proporciona el soporte que pretenden que falta.

legales y las realidades cotidianas del mercado de trabajo. Su propósito no era desterrar la tecnocracia del gobierno o de la empresa, sino ofrecer una nueva variante en el tema constitucional de los *checks and balances*, disponiendo que los tecnócratas gubernamentales controlasen a los tecnócratas empresariales para garantizar que las pruebas estuvieran relacionadas con el propósito principal de la ley, esto es, defender la igualdad de oportunidades en el mundo real: «Lo que exige el Congreso es la eliminación de barreras al empleo artificiales, arbitrarias e innecesarias, cuando dichas barreras operan de manera insidiosa para discriminar»[44].

Los requisitos de *Griggs v. Duke Power Co.* son exigentes pero no ilimitados. A Burger le preocupa solamente la igualdad de oportunidades en el lugar de trabajo, no las formas más generales de subordinación. Debido a la segregación educativa, por ejemplo, la mayoría de negros nunca tuvo la oportunidad de sacar buenos resultados en las pruebas de empleo, aunque dichas pruebas fuesen un buen predictor de éxito laboral. Pero *Griggs v. Duke Power Co.* no exigía a las empresas que compensasen estos fracasos más profundos.

Denominémoslo el principio del «individualismo tecnocrático»: las empresas tienen el deber de eliminar barreras «innecesarias» contra los negros cualificados, pero no contra los miembros del mismo grupo que nunca tuvieron la oportunidad de obtener las habilidades requeridas por las pruebas que satisfacen unos estándares profesionales. Al trazar este límite, *Griggs v. Duke Power Co.* está expresando el planteamiento esfera por esfera propio de la Segunda Reconstrucción. En vez de imponer una fórmula unitaria válida para todos los casos, las leyes-hito están buscando soluciones institucionalmente concretas para determinados problemas de injusticia en el mundo real. Al recalcar este punto en *Griggs v. Duke Power Co.*, el dictamen de Burger ofrecía una síntesis brillante del ideal de igualdad de oportunidades de los Derechos Civiles y del ideal de competencia técnica del *New Deal*.

El Tribunal no tendría la última palabra en el asunto. Un año más tarde el presidente Nixon y el Congreso estaban reconsiderando desde su misma base el Título VII.

Tercer Acto: Consolidación

Hemos estado contando una historia sorprendente. Una agencia incipiente se ve desbordada de quejas individuales, pero consigue de algún modo desarrollar un enfoque estructural sofisticado para resolver un problema

---

[44] *Griggs v. Duke Power Co.*, p. 431.

de enormes proporciones: cómo identificar los abusos más serios que se producen en su enorme universo regulador.

La EEOC ofreció una respuesta de dos caras: una de ellas apuntaba a los peores infractores y la otra a las prácticas sospechosas. Por un lado, inició una estrategia tecnocrática que utilizaba datos cuantitativos objetivos para alentar a las empresas rezagadas a plantearse voluntariamente determinados objetivos de contratación. Por otro, movilizó la competencia profesional para centrarse en una técnica clave de gestión moderna del personal, la prueba estandarizada[45].

En ambos casos, el éxito de la agencia se vio enormemente facilitado por la revolución en curso en las prácticas empresariales. Durante la década de 1960, las empresas más importantes tenían departamentos de personal dedicados a la gestión de los «recursos humanos» de un modo tecnocrático, que utilizaban técnicas informáticas para formular políticas de empleo, promoción, pruebas estandarizadas, etcétera, basadas en datos[46]. Esta nueva generación de profesionales saludó el Formulario EEO-1 como una nueva oportunidad de demostrar su competencia, comparando contratos recientes de minorías con el historial a largo plazo de la empresa. Si los datos cuantitativos no mostraban un «progreso», podían alertar a los altos ejecutivos de un peligro político inminente: ¿sufriría la empresa un desastre en el campo de las relaciones públicas si era identificada por la EEOC en un juicio público?

Los formularios oficiales también daban a estos especialistas una mayor influencia en su trato con las divisiones operativas de la empresa. Igual que Burger en *Griggs v. Duke Power Co.*, los profesionales de recursos humanos no tenían como objetivo una cuota determinada de contratación de minorías. Estaban promoviendo una reconsideración de las prácticas que permitiría a sus empleados desplegar todo su potencial gracias a la eliminación de las barreras que habían cerrado el paso a las mujeres y a las minorías de aquellos puestos para los que estaban perfectamente cualificadas.

Esta continua conversación basada en datos entre la EEOC y los altos ejecutivos empresariales, entre los departamentos de recursos humanos y

---

[45] Para hacer más manejable mi discusión, me he centrado en dos aspectos especialmente reveladores de la respuesta en el ámbito de la toma de decisiones políticas por parte de la EEOC. Para un tratamiento más general, véase J. D. Skrentny, *The Minority Rights Revolution: Politics, Culture, and Justice in America*, cit., pp. 111-144; H. Graham, *The Civil Rights Era*, cit., pp. 124-142.

[46] El papel fundamental de los profesionales de recursos humanos a la hora de revolucionar las prácticas antidiscriminatorias es perspicazmente analizado por Jennifer Delton, *Racial Integration in Corporate America, 1940-1990*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009; y Frank Dobbin, *Inventing Equal Opportunity*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2009. Véase también Gavin Wright, *Sharing the Prize: The Economics of the Civil Rights Revolution in the American South*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2013, pp. 137-139.

las divisiones operativas, sirvió como fundamento institucional de una notable transformación en el lenguaje legal. Llamémosla la *profesionalización de la intencionalidad*. Dado que los departamentos de personal tenían entre sus funciones el análisis de pautas estadísticas, habrían procedido de forma no profesional si hubiesen ignorado los datos sobre contratación de minorías que estaban compilando para la EEOC. En el contexto de la empresa moderna, las intenciones discriminatorias se habían convertido en un asunto cuantitativo: solo si unas pautas numéricas negativas tenían una buena justificación empresarial podían los departamentos de personal dejarlas de lado sin dar muestras de prejuicio racial. El dictamen unánime del Tribunal Supremo en *Griggs v. Duke Power Co.* estaba dando expresión a estas realidades empresariales, contribuyendo a formular las cuestiones básicas de la reconsideración política que se produjo en 1972.

* * * * *

Cuando se disponían a repensar el Título VII, Nixon y el Congreso se encontraron en una disyuntiva. Por un lado, la EEOC tenía un pésimo historial respecto a las quejas individuales. En 1972 la agencia llevaba acumuladas cincuenta y cuatro mil quejas y tardaba unos dieciséis meses o más en llevar un caso a conciliación[47]. Teniendo en cuenta este fracaso, los dirigentes políticos podrían haber ordenado un retorno a un planteamiento centrado en los tribunales, eliminando a la EEOC, y haciendo recaer sobre los trabajadores toda la carga de convencer a jueces y jurados de que estaban siendo tratados injustamente. O, por otro lado, podían centrarse en los éxitos tecnocráticos de la agencia y basarse en la promesa del *New Deal* de su híbrida construcción. ¿Qué es lo que se impondría: el retorno al enfoque clásico centrado en los tribunales o una mayor elaboración del individualismo tecnocrático?

La respuesta fue asombrosamente nítida. Nadie estaba inclinado a cortar las alas de la agencia; el debate versaba sobre la mejor manera de incrementar los poderes de la EEOC.

El consenso emergente se desarrolló pronto en los años de Nixon. Cuando los Republicanos recuperaron la Casa Blanca, se encontraron con una propuesta de última hora del equipo de Johnson para reactivar el debate político. En un gesto de despedida, la administración saliente señaló el pésimo registro de la EEOC en la gestión de quejas individuales y propuso la transformación de la EEOC en otra NLRB, con plenos poderes de cese y desistimiento[48].

---

[47] Véase United States Civil Rights Commission, *Federal Civil Rights Enforcement: A Reassessment*, 1973, cit., cap. 2, p. 88; J. D. Skrentny, *The Ironies of Affirmative Action: Politics, Culture, and Justice in America*, cit., p. 124.

[48] H. Graham, *The Civil Rights Era*, cit., pp. 420-421.

Teniendo en cuenta la tradicional aversión de los Republicanos por la NLRB, es sorprendente que los nixonianos entrantes no rechazasen de plano la propuesta. De hecho, Jerris Leonard, el nuevo ayudante del Fiscal General para asuntos de derechos civiles sostenía que era «en general satisfactoria» y propuso un refinamiento de la misma[49]. Finalmente, sin embargo, un grupo más conservador –en el que estaban el joven William Rehnquist y el asesor principal Arthur Burns– salió victorioso. De todos modos, también ellos reconocieron la necesidad de fortalecer a la EEOC. Si bien rechazaron dar a la agencia poderes de cese y desistimiento, propusieron convertirla en el principal agente para hacer respetar la ley, otorgándole el poder de acudir directamente a los tribunales y hacer legalmente responsables a los infractores[50].

Cuando la Administración dio a conocer públicamente su iniciativa, los grupos tradicionales pro derechos civiles se opusieron vigorosamente, insistiendo en que el modelo del *New Deal* proporcionaba la mejor forma de avanzar. Los tres años siguientes estuvieron dominados por este debate, con la Cámara de Representantes o el Senado apoyando uno u otro modelo, pero sin ponerse de acuerdo para promulgar una ley hasta 1972[51]. Este desacuerdo no podía ocultar cómo habían cambiado las premisas básicas desde los días del compromiso Dirksen-Mansfield. A diferencia de 1964, la mayoría republicana estaba ahora de acuerdo con los Demócratas progresistas en la necesidad de una agencia poderosa para hacer realidad en el mundo real la promesa del Título VII. Simplemente no estaban de acuerdo en cuál era la mejor manera de empoderar a esta.

Esto dejó a los conservadores sureños políticamente aislados. Plantearon un ingenioso juego de retaguardia que contuvo durante tres años la aprobación final de la ley, pero que tenía los días contados. En realidad, aquel largo debate llevó a una apreciación más profunda de la confianza de la Administración en el poder judicial como principal intérprete de la ley y agente para hacerla respetar. Incluso *The New York Times* –que no admiraba precisamente a Nixon– concluyó: «Aunque las organizaciones pro derechos civiles hubiesen preferido que la EEOC pudiese emitir por su

---

[49] *Ibid.*, p. 423 (citando una carta de Leonard a Richard Kleindienst, Fiscal General adjunto, marzo de 1969). El nuevo director de la EEOC con Nixon, William Brown, también aprobó inicialmente el modelo de la NLRB para su agencia, *ibid.*, p. 429, antes de dar marcha atrás cuando el gobierno rechazó este planteamiento.

[50] *Ibid.*, pp. 424-425. Everett Dirksen también era de la opinión que su compromiso de 1964 no funcionaba en la práctica y que la EEOC tenía que ganar el poder de llevar a los infractores ante los tribunales. Pero murió en setiembre de 1969, abandonando la escena antes de que empezase en serio el debate sobre los poderes de la EEOC.

[51] H. Graham proporciona un lúcido análisis de la dinámica política, *ibid.*, pp. 429-445. Para un relato más legalmente orientado véase George Sape y Thomas Hart, «Title Seven Reconsidered: The Equal Employment Opportunity Act of 1972», *George Washington Law Review*, vol. 40, 1972, pp. 824, 832-846.

cuenta órdenes de cese y desistimiento, creemos que la solución judicial es preferible a la dependencia de una comisión políticamente nombrada, cuyos miembros cambian con cada nuevo Presidente»[52]. Cuando la iniciativa de Nixon se convirtió en ley, fue ampliamente reconocida como un avance decisivo.

Y algo no menos importante: la experiencia previa de la EEOC con el gobierno por los números transformó la interpretación que hacía el Congreso del significado mismo del intento antidiscriminación. Considérense los argumentos que presentó el senador Harrison Williams al abrir el debate final en el Senado sobre esta cuestión en enero de 1972. Hablando como ponente demócrata del proyecto de ley, explicó sus motivos principales:

> El Título VII, francamente, no ha sido un gran éxito. En 1964 la discriminación en el empleo tendía a ser vista como una serie de casos aislados y distinguibles, en su mayor parte debido a la mala voluntad de un individuo u organización identificables. Se creyó que un plan que primase la conciliación sobre los procesos obligatorios sería lo más apropiado para la resolución de este problema esencialmente humano y que los litigios serían necesarios solamente de forma ocasional en casos de contumacia. Desgraciadamente, este punto de vista no ha sido confirmado por la experiencia de los últimos siete años […]. Durante los años de existencia de la Comisión, el número de demandas presentadas anualmente ha aumentado. Solamente en el ejercicio fiscal de 1970, la Comisión recibió 14.129 nuevas denuncias; durante el año fiscal de 1971 este número subió hasta los 22.920; y los indicios para el año actual son que las denuncias presentadas ante la Comisión superarán la cifra de 32.000.
>
> Las revisiones de conformidad y las inspecciones de empleo [realizadas por la EEOC] reflejan continuamente la misma situación tradicional. Los trabajadores pertenecientes a una minoría –negros, con apellidos hispanos, orientales o indios– son relegados a los puestos de trabajo peor pagados y menos deseables, si es que son contratados […]. Las estadísticas son reveladoras y me limitaré a citar algunos de los resultados más significativos[53].

Las revisiones de conformidad de la EEOC estaban invitando al Congreso a redefinir la naturaleza misma del problema: la discriminación no era «un hecho aislado y distinguible […] debido a la mala voluntad […] de un individuo u organización identificables»; era un rasgo sistémico de

---

[52] «Editorial», «Banishing Job Bias», *The New York Times*, 24 de febrero de 1972, p. 38. En fases anteriores del debate, el periódico había apoyado el modelo de la NLRB. Véase, por ejemplo, el editorial «Enforcing Equality», *The New York Times*, 25 de enero de 1972, p. 34.

[53] 118th *Congressional Record*, p. 294, 19 de enero de 1972.

la vida económica, que requería una reorganización sistémica del sistema de aplicación de la ley. Del mismo modo que la EEOC había utilizado los requisitos sobre la cumplimentación de formularios para exhortar a las empresas a actuar, el gobierno por los números estaba ahora impulsando al Congreso a repensar las premisas básicas de la legislación administrativa.

El Congreso estaba también rechazando las iniciativas encabezadas por el senador Ervin para invalidar los acuerdos firmados por la EEOC con empresas como AT&T, que habían establecido objetivos cuantitativos para la contratación de minorías. El senador Ervin, como era previsible, condenaba esta aceptación de la «discriminación inversa», pero su crítica ponía de manifiesto lo mucho que habían cambiado los tiempos. En 1964, Ervin dirigió las tácticas obstruccionistas contra todas las versiones del Título VII, pero ocho años más tarde, parecía ser el verdadero defensor de la ley de 1964 al protestar contra el burocrático abuso que hacía de la misma el gobierno de Nixon: «No entiendo por qué el gobierno federal ordena a los empresarios que practiquen la discriminación en el empleo cuando se supone que su trabajo es impedir la discriminación en el empleo»[54].

La enmienda de Tower habría prohibido a cualquier «funcionario» de Estados Unidos ordenar todo tipo de conciencia racial en la contratación, negando la noción misma de que un objetivo cuantitativo fuese diferente de una cuota rígida[55]. Pero el Senado la rechazó por un margen de dos a uno[56].

Interpretando la previsible situación, el senador Tower ni siquiera trató de cuestionar en *Griggs v. Duke Power Co.* la decisión del Tribunal Supremo. Si bien había abogado por las pruebas estandarizadas en la disputa de Motorola con Myart en 1964, se negó a reabrir el tema una vez que los portavoces de la empresa aceptaron públicamente *Griggs* en su testimonio ante el Congreso[57]. Este giro simbolizó el cambio ocurrido en la opinión pública: el gobierno por los números se había convertido en un compromiso de la Segunda Reconstrucción.

El Congreso argumentó de la misma manera al confirmar la interpretación tecnocrática de *Griggs* en la ley de 1964. Para preparar el camino a su aprobación final, los líderes de la conferencia Senado-Cámara de

---

[54] 118th *Congressional Record*, p. 1663, 28 de enero de 1972.
[55] *Ibid.*, p. 1661.
[56] *Ibid.*, p. 1676. El resultado de la votación fue de cuarenta y cuatro a veintidós, con casi todos los noes procedentes del Sur.
[57] Hablando en nombre de Motorola en la Cámara de Representantes, Robert Nystrom no podía ser más claro: «Como saben, la semana pasada el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en un caso de primera impresión, en *Griggs versus Duke Power Co.* […] interpretó el significado de la sección 703(h) [la enmienda Tower] […]. Ahora que el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha interpretado la sección 703(h), pueden dejarnos solos. Ahora tenemos orientación y precedentes legales. Ahora tenemos directrices. No hay que hacer nada más», House Subcommittee on Labor, Equal Employment Enforcement 424, 91st Congress, 2nd Sess., 1971.

Representantes redactaron un prefacio a su informe con un respaldo explícito del «presente caso legal tal como lo han desarrollado los tribunales», declarando que debería «continuar rigiendo la [...] interpretación del Título VII»[58].

La ley de 1972, en suma, fue el momento culminante de un proceso dinámico de experimentación y consolidación institucional. Durante los años precedentes, la EEOC no solo había proporcionado ejemplos destacados de tecnocracia en acción, sino que también había generado la experiencia en el mundo real que permitió al Congreso y al presidente abordar la cuestión clave: si basarse en las iniciativas de la agencia para hacer realidad el ideal del *New Deal* de la administración experta y el cumplimiento de la ley o bien rechazar estas últimas.

El resultado fue una variación característica sobre temas del *New Deal*. A diferencia del modelo de la NLRB, la EEOC no funcionaría como un árbitro experto en las disputas sobre la gestión del trabajo resolviéndolas con órdenes de cese y desistimiento; funcionaría como un experto litigante, utilizando sus capacidades tecnocráticas para convencer a los tribunales de que interpretasen la ley de una forma que hiciese justicia a las realidades institucionales del lugar de trabajo.

Este cambio del modo arbitral al procesal era lógico, teniendo en cuenta el diferente papel que habían jugado los tribunales durante las eras del *New Deal* y de los derechos civiles. Cuando el Congreso aprobó la *National Labor Relations Act* en 1935, los cuatro jueces conservadores del Tribunal Supremo amenazaron con invalidar toda la iniciativa. Aunque la ley consiguiese sobrevivir a la revisión judicial, el Congreso cometería una insensatez si aceptase depender de los jueces para interpretar empáticamente su mandato. El sentido común apuntaba en una dirección muy diferente: diseñar el sistema de modo que la NLRB pueda funcionar como el principal expositor de la ley y, luego, aislarla de la revisión intrusiva de los tribunales.

En cambio, los Tribunales presididos por Warren y Burger habían estado funcionando como destacados partidarios de la revolución de los derechos civiles y era perfectamente lógico esperar que los jueces siguiesen avanzando por el mismo camino. En este contexto, el modelo del litigante experto parecía la mejor apuesta, con la EEOC poniendo en orden los números y los tribunales desarrollando la ley. Y aunque el ardor procesal de la EEOC se desvaneciese con el tiempo, los miembros del Tribunal

---

[58] 118th *Congressional Record*, p. 7166, 6 de marzo de 1972, y p. 7564, 8 de marzo de 1972. Este refrendo general no cubría aquellos casos en los que la nueva ley revisaba «explícitamente» la norma establecida por los tribunales, pero estas revisiones no modificaban los principios básicos establecidos en *Griggs* y los casos principales ventilados en los tribunales inferiores.

presidido por Burger tenían un cargo vitalicio, mientras que el presidente y el Senado necesitarían mucho más tiempo para cambiar el curso de la ley.

Una vez mejorados los poderes de la agencia, la EEOC empezó inmediatamente a utilizarlos agresivamente. Con el apoyo de Nixon, entabló demandas contra ciento cuarenta y una empresas en 1972 y 1973, incluidas muchas empresas nacionales importantes, lo que llevó a una serie de prominentes decretos de consentimiento por los que las empresas aceptaban objetivos cuantitativos de contratación y promoción[59].

Previamente, la EEOC se había estado marcando un farol cuando trataba de convencer a las grandes empresas para que se comprometieran con unos objetivos cuantitativos de contratación. Pero ahora que podía acudir a los tribunales, el equilibrio de poder había cambiado. *Griggs v. Duke Power Co.* había dejado claro que las empresas no podían levantar «barreras artificiales, arbitrarias e innecesarias» ante sus empleados pertenecientes a una u otra minoría, y si la EEOC hacía su trabajo, podían esperar que los tribunales respondiesen con una atención respetuosa a la evidencia estadística de su impacto dispar. El cumplimiento sistémico de la ley, no la conciliación caso por caso, se había convertido en el orden del día.

Nada dura para siempre. Tal vez una nueva generación de jueces se negaría a mantener la misión establecida por las leyes-hito de 1964 y 1972; al fin y al cabo, el gran logro de la Primera Reconstrucción sufrió una suerte similar a largo plazo. Pero en 1972 la consolidación constitucional era tan completa como podía serlo. Una vez garantizado un nuevo mandato por parte del Congreso y del presidente, la EEOC estaba cumpliendo la promesa del gobierno por los números y su nueva serie de acuerdos ejerciendo presión sobre los directores de personal de las empresas para traducir los compromisos constitucionales de la nación en realidades en el ámbito laboral[60].

Hacia la síntesis

Podemos ir ahora más allá de nuestro relato paso a paso de la normativa sobre el empleo e integrarlo en nuestros estudios previos sobre la normativa aplicable a los establecimientos públicos y al derecho al voto.

Para simplificar las cosas, empecemos con una comparación entre el empleo y el voto. Estas dos historias comparten un patrón tripartito de desarrollo constitucional: en primer lugar, una ley-hito aprobada en

---

[59] Véase D. Kotlowski, *Nixon's Civil Rights: Politics, Principle, Policy*, cit., pp. 120-121.

[60] Para unas discusiones interesantes, véase J. Delton, *Racial Integration in Corporate America, 1940-1990*, cit., y F. Dobbin, *Inventing Equal Opportunity*, cit., p. 414.

el momento culminante de la movilización popular y del compromiso nacional; en segundo, ello provoca un periodo de experimentación administrativa y judicial; finalmente, la experiencia práctica generada por burócratas y jueces enmarca otra ronda de decisiones políticas durante los años de Nixon, que llevan a la consolidación legal y al refinamiento de los avances de la década de 1960. En general, este patrón equivale a algo especial: un ejercicio genuino en el aprendizaje y la deliberación colectivos.

En 1964, solo una cosa estaba clara: el pueblo estadounidense estaba dando a sus representantes electos un mandato para un nuevo comienzo en las relaciones raciales. Dependía del presidente y del Congreso traducir este mandato en forma de estructuras legales duraderas. Las leyes-hito de 1964 y 1965 implicaron necesariamente innumerables casos de experimentación institucional. Cuando los senadores Dirksen y Mansfield anunciaron su compromiso con el Título VII, nadie podía decir si su solución cuasi *New Deal* funcionaría. Lo mismo podía decirse del refrendo apabullante que la *Voting Rights Act* daba al gobierno por los números: ¿provocarían sus burocráticas intrusiones en el Sur profundo una desastrosa repetición de la Reconstrucción del siglo XIX o un compromiso administrativo constructivo que vencería la resistencia masiva?

A comienzos de la década de 1970, el presidente Nixon y el Congreso dominado por los Demócratas estaban en una mejor posición para responder a estas cuestiones y consiguieron consolidar ambos regímenes sobre una base bipartidista. La postura de Nixon difería en nuestras dos historias. En la cuestión del voto, quería nacionalizar las preocupaciones de la ley y eliminar las medidas especiales que apuntaban al Sur; en el empleo, quería fortalecer la EEOC, pero rechazaba la NLRB como modelo apropiado. Perdió en el primer debate y ganó en el segundo, pero había un rasgo común en ambos: todos los argumentos políticos estaban profundamente influidos por la experiencia administrativa y judicial del periodo precedente. Si la *Voting Rights Act* hubiera provocado una reedición de la Primera Reconstrucción, la enérgica resistencia local habría forzado una ansiosa revaluación de la ley-hito en Washington DC. Pero la ley de 1965 había empezado visiblemente a trabajar sobre el terreno y el Congreso no quería correr el riesgo de volver a los viejos malos tiempos. Con la opinión dominante claramente decantada del lado del Congreso, Nixon aceptó la necesidad de continuar el nuevo sistema tecnocrático sobre una base ampliada, que apuntaba a unas cuantas áreas del norte y a grandes partes del sur. En 1965, el gobierno por los números podía verse como una medida de emergencia para garantizar el derecho básico al voto; en 1970, se había convertido en un elemento básico del régimen del *New Deal*-Derechos Civiles.

El Título VII presentaba un cuadro diferente. Si bien la aprobación inicial de la ley había alentado a muchas empresas a cumplirla voluntariamente, en 1972 era evidente que su modelo prácticamente idéntico al del *New Deal* de cumplimiento legal era un rotundo fracaso[61]. Si se le permitía continuar, el sistema existente dejaría que los infractores escapasen a las sanciones y alentaría a las empresas más dispuestas a cooperar a que reconsiderasen sus anteriores avances igualitarios.

Esta vez, la Administración de Nixon ni siquiera hizo una pausa antes de declarar inaceptable el riesgo de reincidencia. Se unió al Congreso para construir una alternativa a partir de los aspectos más prometedores de la experiencia de la EEOC y para crear un modelo característico de coordinación agencia-tribunales, que prometía arrojar unos resultados mejores de los que había conseguido obtener la NLRB.

Al contar esta historia, mi objetivo no es explicar cómo estas promesas fueron recibidas por la siguiente generación. Es, por el contrario, reflexionar sobre cómo consiguió la Constitución viva traducir la revolución de los derechos civiles en determinados compromisos legales de principio. Desde este punto de vista, el sistema merece una alta puntuación. Naturalmente, Johnson, Nixon, Dirksen y Humphrey no estaban participando en un seminario de filosofía mientras forcejeaban constantemente para conseguir una ventaja política. Pero sería mucho más desatinado considerarlos como unos cínicos profesionales de la política del poder.

Este es actualmente el mayor peligro, dada la ascendencia que tiene la denominada teoría de la elección racional aplicada a la política en el mundo académico estadounidense. Dentro de este marco familiar, los políticos «racionales» están exclusivamente interesados en la búsqueda de su ventaja electoral, y eligen políticas que maximizan la posibilidad de ser reelegidos (hasta que, al final de su carrera, entran en un grupo de presión). Todo lo demás es «irracional»; es algo que a veces sucede pero que es aberrante[62].

Aquí es donde yo me bajo del barco[63]. Naturalmente, los políticos están interesados en la reelección, pero también están interesados en hacer de Estados Unidos un lugar mejor; esto es lo que lleva a muchos de ellos a la política en primer lugar. Los motivos idealistas pueden desvanecerse unas

---

[61] Véanse G. Wright, *Sharing the Prize: The Economics of the Civil Rights Revolution in the American South*, cit., pp. 117-126; y John Donohue y James Heckman, «Continuous Versus Episodic Change: The Impact of Civil Rights Policy on the Economic Status of Blacks», *Journal of Economic Literature*, vol. 29, 1991, p. 1603.

[62] Los partidarios de la «elección racional» dominan actualmente el estudio de la política estadounidense, pero el exponente más profundo de este punto de vista sigue siendo William H. Riker y, especialmente, su texto *Liberalism Against Populism: A Confrontation Between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice*, San Francisco, W.H. Freeman and Company, 1982.

[63] Véase B. Ackerman, *We the People: Foundations*, vol. 1, cit., cap. 7.

veces, pero otras no; es perfectamente racional que los políticos crean que la búsqueda del poder no tiene sentido si les lleva a olvidar por qué decidieron dedicarse a la política en primer lugar.

Richard Nixon es un buen ejemplo de ello. La lucha por la igualdad racial no estaba en el centro de su vida política, pero desde sus días como vicepresidente fue un importante impulsor de una agenda de derechos civiles moderada, y no estaba dispuesto a unirse a un asalto reaccionario contra sus logros. Estaba preparado para hacer muchos gestos de bienvenida a los blancos del Sur para acabar con el monopolio demócrata sobre la política de la región, pero dentro de un límite. Era muy consciente de que algunas de las cosas que podía hacer para consolidar la revolución de los derechos civiles podían no ser políticamente rentables. Pero estaba dispuesto a veces a pagar este precio para hacer una contribución constitucional constructiva a la República. Tratando estas decisiones como aberrantes, la escuela de la elección racional nos invita a obliterar la rica tradición del arte de gobernar, que ha sido la savia vital del desarrollo constitucional estadounidense.

¿Individualismo tecnocrático?

Hemos estado contando dos historias de éxito sobre soberanía popular basadas en la deliberación pública; este es el tema común que vincula las esferas del trabajo y del voto en un mismo patrón.

Vamos ahora a explorar las diferencias.

Cuando Congresos, presidentes y tribunales forjaron los principios básicos que gobiernan estas dos esferas llegaron a conclusiones muy diferentes. Mientras que la *Voting Rights Act* imponía tests contundentes de resultados sobre los registradores electorales, no hay nada comparable en el caso de los empleadores; las empresas no tienen que cumplir unas cuotas de empleo para minorías, ni mucho menos someterse a una supervisión federal intensiva si no alcanzan sus objetivos cuantitativos.

También hay una gran diferencia en los principios sustantivos refrendados por las leyes-hito. La *Voting Rights Act* fue más allá del ideal individualista de «una persona, un voto» y realizó un esfuerzo orientado al grupo para proteger el poder político negro. El Título VII se embarcó en una empresa más individualista, utilizando métodos tecnocráticos para proteger el derecho de cada trabajador a ser juzgado por sus propios méritos.

Para que el lector pueda hacerse una idea del carácter distintivo de este ideal, introduciré una tercera esfera –la de los establecimientos públicos– en la ecuación. La *Civil Rights Act* respondió al régimen de Jim Crow en esta esfera sin necesidad de un gran aparato tecnocrático. El Título II se

basaba principalmente en demandas tradicionales de demandantes tradicionales ante tribunales tradicionales, que utilizaban un lenguaje legal tradicional para luchar contra la discriminación en restaurantes, cines, teatros, etcétera.

Tres esferas diferentes, tres respuestas diferentes a la promesa (o a la amenaza) de la tecnocracia, tres diferentes principios sustantivos. ¿Qué pensar de la proliferación de lenguajes e ideales legal-tecnocráticos? ¿Es el síntoma de una profunda confusión moral? ¿O es la expresión de una sabiduría más profunda?

Mi respuesta desarrolla un tema central: el pluralismo de patrones argumentales y modelos organizacionales se sigue de la sofisticada búsqueda de un objetivo primordial de la Segunda Reconstrucción: salvar la brecha entre la ley y la vida y efectuar objetivamente avances en el mundo real.

Desarrollaré el argumento poniendo de relieve dos variables institucionales introducidas en el contraste preliminar establecido en el capítulo 8 entre los establecimientos públicos y el voto. Mi primera variable se centraba en la facilidad con que las personas normales y corrientes podían determinar que eran víctimas de discriminación; me refería a ello como el problema de la *identificación* y sugería que los clientes tenían más facilidad que los aspirantes a votantes para determinar si eran tratados injustamente.

La segunda variable se centraba en la probabilidad de la *resistencia institucional*. Ponía de relieve cómo los empresarios y los registradores electorales afrontaban circuitos de retroalimentación muy diferentes al tratar con las intervenciones igualitarias: mientras que la competencia económica ofrecía incentivos a las empresas para obedecer la nueva ley, la amenaza de competencia política provocaba una resistencia masiva en el *establishment* político blanco. En este marco, sostenía que tanto el planteamiento centrado en los tribunales de la normativa reguladora de establecimientos públicos como el planteamiento centrado en la agencia de la normativa electoral eran dos respuestas sensatas a los problemas muy diferentes de la identificación y la resistencia surgidos en estas esferas específicas de la vida.

Estamos ahora en condiciones de ampliar el mismo marco para evaluar la elección que hace el Título VII del individualismo tecnocrático como una «tercera vía» entre la tecnocracia orientada al grupo afirmada por la *Voting Rights Act* y el individualismo clásico afirmado por las disposiciones de la *Civil Rights Act* relativas a los establecimientos públicos. Sostendré que la aceptación de esta tercera vía también representa una respuesta reflexiva a los problemas característicos de identificación/resistencia en el ámbito del empleo.

Empecemos con el problema de la identificación y con las dificultades predecibles a las que ha de enfrentarse un trabajador ordinario para establecer que le ha sido negado, a él o a ella, un empleo o una promoción. En 1964 la identificación no era un gran problema, especialmente en el sur del país, porque los negros eran simplemente excluidos de la mayoría de los trabajos cualificados. Pero como mostró *Griggs v. Duke Power Co.* pronto se encontrarían ante unas barreras más sutiles como las pruebas estandarizadas, y tendrían más dificultades para demostrar la existencia de un caso de discriminación sin análisis tecnocráticos complejos.

Desde esta perspectiva, el problema de los solicitantes de empleo se parecía en líneas generales al del aspirante a votante ante los retos planteados por un registrador del voto sureño una vez que la discriminación se había desplazado más allá de unas tácticas descaradamente excluyentes. Supongamos, por ejemplo, que la *Voting Rights Act* no hubiese prohibido las pruebas de alfabetización: los registradores habrían tenido libertad para proporcionar una «prueba estandarizada» que los negros habrían tenido sistemáticamente más difícil aprobar, dejando a los votantes de las minorías sometidos a su omnipresente injusticia. Teniendo en cuenta los apuros similares de los candidatos a trabajador o a votante, no tiene nada de sorprendente que ni el Título VII ni la *Voting Rights Act* confiasen en que fuesen los individuos quienes asumiesen la carga de traer sus problemas a la atención legal. En vez de ello, las leyes asignaban una gran parte del trabajo a agencias técnicas, que tenían que desplegar pruebas tecnocráticas para identificar patrones sospechosos de actividad discriminatoria.

En cambio, en el mundo real no había tanta necesidad de seguir la senda tecnocrática a la igualdad en la esfera de los establecimientos públicos. No es difícil que una pareja negra reconozca que se les niega una mesa en un restaurante o que son relegados a la parte de atrás de un cine. En este ámbito, el problema de la identificación no proporciona una razón poderosa para ir más allá del tradicional enfoque centrado en los tribunales para subsanar errores y el Título II se niega a hacerlo.

Pero cuando pensamos en la resistencia institucional, las comparaciones entre esferas adquieren una valencia muy diferente. El empleo ya no se parece al voto y empieza a parecerse a un establecimiento público. En ambas esferas, la lógica del mercado favorece una iniciativa antidiscriminación en cuanto esta despega. Pero lo contrario, es cierto en el caso de unas elecciones. Una vez que los negros empiezan a votar masivamente, el *establishment* político blanco hará un último intento de manipular el sistema electoral de otras maneras para diluir el poder político negro. Por consiguiente, no tiene nada de extraño que el Título VII no adopte los métodos básicos que usa la *Voting Rights Act* para contrarrestar la reacción blanca. Si bien la EEOC pone de relieve la identificación tecnocrática de

los patrones y prácticas de empleo sospechosos, no sigue con las rigurosas pruebas cuantitativas ni con la supervisión federal intensiva.

En la discusión del capítulo 8 sobre los establecimientos públicos, he descrito por qué puede ser un buen negocio para una empresa, individualmente considerada, cumplir con las leyes antidiscriminación una vez que espera que sus competidores hagan lo mismo. Pero es mejor desarrollar el argumento en el contexto de las leyes sobre el empleo justo.

La meritocracia es una propuesta para maximizar los beneficios de una empresa: si un hombre negro es el mejor para hacer un determinado trabajo, es lógico contratarlo a él. Es más, este punto será apoyado por los profesionales de los departamentos de personal de cada empresa, que lo utilizarán como una poderosa arma en sus campañas basadas en datos objetivos para impulsar a los departamentos operacionales a otorgar un trato más justo a los trabajadores negros.

Estas continuas iniciativas podrían muy bien ser desviadas de su propósito por la resistencia racista entre los trabajadores de a pie. Pero incluso este efecto disminuiría con el tiempo, a medida que los cuadros de nivel medio y los trabajadores aprendan que no pueden escapar del nuevo régimen buscando empleo en otras partes, dado que las empresas, que operan como refugios racistas serán especialmente identificadas como objeto a tenor del Título VII.

El funcionamiento de estos circuitos de retroalimentación positivos no implica que lo conseguido en el mundo real del mercado de trabajo sea fácil o sencillo. Pero sí significa que el Título VII no estaba topandose con un problema de resistencia a la misma escala que aquel con el que se topaba la *Voting Rights Act*. Simplemente, el sistema político sureño desplegó la perspectiva de un circuito de retroalimentación negativo, en el cual el *establishment* político blanco respondía al voto negro mediante la manipulación de las reglas electorales para preservar su poder político. Para que la victoria inicial de la *Voting Rights Act* no derivase en un gesto sin sentido, la ley tenía pocas opciones aparte de crear un sistema de supervisión federal que fuese una garantía contra la atenuación del poder del voto negro. Por otra parte, no había una necesidad comparable de ir más allá del individualismo tecnocrático en el caso del empleo, ya que existía la posibilidad razonable de que los circuitos de retroalimentación positivos impulsasen al sistema hacia el logro de avances en el mundo real.

Resumiendo, los tres estilos de intervención tecno/tradicional exhibidos en las esferas del trabajo, de las elecciones y de los establecimientos públicos no representan los resultados arbitrarios de un proceso político dominado por los intereses estrechamente egoístas de unos determinados políticos. Representan el producto de la «deliberación y la elección», para

recordar la frase de Madison en el primer número de los *Federalist Papers*. Estamos asistiendo al arte de gobernar de unos estadistas preocupados por el grave problema de cumplir unos compromisos constitucionales básicos en el mundo real de la vida social y política.

Tal vez un gráfico sencillo pueda concretar estos puntos. Localiza cada una de las tres esferas formulando dos preguntas: ¿existe un problema serio de identificación? ¿Hay un problema de resistencia generado por circuitos de retroalimentación negativos?

¿Resistencia?	¿Identificación? **Sí**	¿Identificación? **No**
Sí	Empoderamiento de grupo tecnocrático de la *Voting Rights Act*	Individualismo tecnocrático del Título Siete
No		Individualismo tradicional del Título Dos

Las opciones del Congreso seguirán siendo eternamente polémicas, con partidarios atacando su decisión de colocar una u otra esfera en una u otra casilla. Pero tanto si gusta como si no, estas opciones representan las soluciones realizadas por el presidente y el Congreso después de muchas deliberaciones en nombre del pueblo estadounidense. Lo que no es poca cosa.

Lo más importante es que las leyes-hito plantean un reto fundamental a las interpretaciones formalistas de la igualdad constitucional, que se centra en la estructura interna de la doctrina legal sin introducir un análisis sostenido de su impacto en la vida social. Según este punto de vista familiar, la cuestión clave es si un régimen legal despliega «categorías sospechosas» como la de raza en su administración; si lo hace, el formalista rechaza casi invariablemente la ley sobre la base de que carece de una justificación «convincente»[64].

Esta postura supone una inversión de las prioridades de la revolución de los derechos civiles. Para la *Civil Rights Act* y la *Voting Rights Act*, la norma legal es un instrumento para hacer realidad la justicia en el mundo real. Si la neutralidad formal cumple con lo prometido (como en el caso de los establecimientos públicos), pues muy bien, pero si no lo hace, la tarea es

---

[64] Para una declaración clásica, véase Gerald Gunther, «The Supreme Court 1971 Term–Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection», *Harvard Law Review*, vol. 86, 1972, p. 1.

diseñar un sistema que lo haga (como en los casos del empleo y el derecho al voto). En vez de buscar una fórmula legal elegante, el reto igualitario es más pragmático: primero, proporcionar un análisis práctico de los obstáculos que se oponen a la igualdad en el mundo real; segundo, crear herramientas administrativo-legales que prometan de manera realista salvar dichos obstáculos. Este *pragmatismo constitucional* requiere un planteamiento esfera por esfera, por la simple razón de que diferentes esferas difieren en la forma en que se resisten a los avances igualitarios en el mundo real. Algunas esferas están dominadas por instituciones opacas, cuyas decisiones resultan misteriosas para las personas normales y corrientes, mientras que otras generan circuitos de retroalimentación poderosos de resistencia institucional.

Estos problemas no van a desaparecer a corto plazo. Es un grave error suponer que los intentos administrativos de abordarlos son, en el mejor de los casos, mecanismos de transición en el camino hacia el mundo feliz de la igualdad formal. Si bien el uso de herramientas tecnocráticas genera tensiones en nuestros compromisos axiológicos fundamentales, el reto es minimizar estas tensiones de una forma realista, sin imaginar que desaparecerán de algún modo como por arte de magia[65].

El pragmatismo constitucional fue una contribución clave de las leyes-hito de la Segunda Reconstrucción, que corregían un fallo profundo ínsito en las enmiendas constitucionales del primer periodo de Reconstrucción. Como percibieron Thaddeus Stevens y Charles Sumner, las Enmiendas de la Reconstrucción estaban condenadas desde el principio por su enfoque formalista de la igualdad. Estados Unidos durante el siglo XIX carecía de un aparato administrativo nacional fuerte para convertir su promesa en realidad y fue precisamente este vacío el que incitó a los Republicanos radicales a buscar soluciones militares a los problemas planteados por la resistencia institucional de los blancos sureños[66]. Cuando este planteamiento no fue bien recibido por la opinión pública, era solo cuestión de tiempo que todo el esfuerzo colapsara.

Fue precisamente el desarrollo del gobierno nacional intervencionista lo que permitió a la Segunda Reconstrucción abrir un camino más aceptable a la igualdad en el mundo real, en el que funcionarios civiles aceptaban los retos pragmáticos de vencer la resistencia institucional. Si borramos este aspecto del legado de los derechos civiles, corremos el riesgo de toparnos con una reedición de la tragedia de la Primera Reconstrucción, cuando unos compromisos constitucionales solemnes con la igualdad racial se desintegraron a principios del siglo XX.

---

[65] Véase Desmond King y Rogers Smith, *Still a House Divided: Race and Politics in Obama's America*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2011.

[66] Véase el capítulo 8.

X
EL LOGRO DE 1968

Primavera de 1968: cuando los estadounidenses preparan las elecciones presidenciales, la agenda de los derechos civiles sigue siendo una preocupación central en Washington DC, con los tres poderes del Estado asumiendo cuestiones de envergadura que previamente habían evitado. Aprobando la *Fair Housing Act* en abril de 1968, el presidente y el Congreso resolvieron una cuestión candente que habían estado aplazando repetidamente para centrarse en objetivos más alcanzables, primero en 1964, cuando los temas relativos a la vivienda justa amenazaban con sabotear la aprobación de la totalidad de la *Civil Rights Act* y, de nuevo, en 1965, cuando el liderazgo de Martin Luther King Jr. en Selma llevó la *Voting Rights Act* a primer plano. Cuando el presidente Johnson presionó a favor de la vivienda justa en 1966, su iniciativa murió en el Senado, donde Everett Dirksen la denunció por inconstitucional.

Pero Dirksen retiró sus reparos constitucionales en 1968, uniéndose a los Demócratas progresistas para romper el inevitable obstruccionismo sureño. Richard Nixon y Nelson Rockefeller, que entonces competían por la nominación a la presidencia, intervinieron para hacer avanzar la ley. Tras varios años de discusión, la *Fair Housing Act* se convirtió en ley en virtud de un acuerdo bipartidista, ampliando el compromiso nacional con la Segunda Reconstrucción con una tercera ley-hito en cuatro años.

Aquella misma primavera, el Tribunal Supremo estaba proporcionando nuevos fundamentos constitucionales a este logro, yendo decididamente más allá de sus anteriores decisiones en apoyo de la *Civil Rights Act* de 1964. Como vimos, su dictamen en *Heart of Atlanta Motel v. United States* ocultó las implicaciones revolucionarias de la imposición general de obligaciones igualitarias a las empresas privadas, que recogía la ley. En vez de utilizar este avance como una ocasión para rechazar las enseñanzas restrictivas de los *Civil Rights Cases* de 1883, el Tribunal manipuló la Cláusula de Comercio del *New Deal* para vindicar la ley-hito. Pero cuatro años más tarde estaba dispuesto a ir más allá del *New Deal* para proponer una reinterpretación radical de la igualdad constitucional, acabando de este modo con todas las objeciones importantes planteadas a la nueva *Fair Housing Act*.

Igual que en el caso de *Heart of Atlanta*, el Tribunal Supremo se movió con una velocidad extraordinaria. Si había confirmado la *Civil Rights Act* a los cinco meses de su aprobación, el Tribunal actuó aún más rápidamente esta vez; dos meses después de la aprobación de la *Fair Housing Act*, *Jones v. Mayer* propuso un argumento constitucional revolucionario, que salvaguardaba su constitucionalidad. A diferencia de lo sucedido con *Heart of Atlanta*, los jueces no esperaron un caso que sentase jurisprudencia desafiando directamente la nueva ley-hito; utilizaron un caso sobre vivienda justa, que ya estaba en su lista de casos, como vehículo de esta reconstrucción fundamental de nuestra tradición constitucional.

Esta rápida resolución tenía un precio, ya que privaba al Tribunal de la oportunidad de considerar los argumentos constitucionales específicos presentados por Dirksen y otros para legitimar su iniciativa legislativa. Dado que estas afirmaciones no se publicaron nunca en los *United States Reports*, nuestro canon centrado en los jueces las consigna al olvido. Pero si la *Fair Housing Act* es efectivamente un logro histórico de Nosotros, el Pueblo, hemos de recuperar estos argumentos de los márgenes de la historia. El reto es integrar las ideas constitucionales de legisladores *y* jueces en una interpretación más profunda del legado de la Segunda Reconstrucción.

Este capítulo tiene un segundo objetivo: compararé el desarrollo de la *Fair Housing Act* con la dinámica equivalente presente en las esferas de las elecciones y del empleo. En estas dos áreas, la aprobación inicial de una ley-hito abrió una segunda fase de experimentación administrativa, que estableció una ronda final de consolidación legal durante la presidencia de Nixon. Este patrón de tres fases no se repitió en el caso de la vivienda. Aunque la ley inicial catalizó efectivamente una segunda fase de experimentación administrativa, no trajo consigo una ronda culminante de legislación para refinar el avance inicial.

¿Por qué?

La *Fair Housing Act*

La dinámica inicial que impulsó la *Fair Housing Act* parece una variación sobre algunos de los temas establecidos en 1964 y 1965. Una vez más, el liderazgo presidencial y el bipartidismo del Congreso proporcionaron la matriz de un avance en nombre del pueblo estadounidense.

Caída y ascenso de la Fair Housing Act

Una vez aprobada oficialmente la *Voting Rights Act*, Lyndon B. Johnson hizo de la vivienda justa su próxima prioridad legislativa, rechazando a partidarios políticamente expertos como el Fiscal General Ramsey Clark, que le advirtió de que una iniciativa en ese sentido «sería desaconsejable porque no sería aprobada, porque crearía expectativas y porque pondría de manifiesto la poca disposición del pueblo estadounidense a llegar realmente al final respecto a la justicia igual»[1]. Senadores progresistas importantes, incluido Jacob Javits, expresaron dudas similares e instaron al presidente a emitir una orden ejecutiva prohibiendo a los bancos prestar dinero a contratistas tendenciosos: «La Administración está promoviendo una amarga batalla por los derechos civiles, cuando podría ampliar de un plumazo la antidiscriminación al 80 por 100 de la vivienda»[2]. Pero Johnson quería apostar más fuerte: estaba dispuesto a provocar una «amarga batalla por los derechos civiles» para obtener el apoyo amplio y consciente del pueblo estadounidense para otra ley-hito. Su mensaje especial pro derechos civiles de enero de 1966 puso el tema de la vivienda justa en el centro de la agenda del Congreso[3].

Solo para hacer realidad las sombrías predicciones de los detractores. La iniciativa del gobierno fue aprobada por la Cámara de Representantes, pero salió de ella gravemente tocada. Por un solo voto, los congresistas aprobaron una enmienda que permitía a los agentes inmobiliarios seguir discriminando a los negros siempre que los propietarios firmasen una autorización escrita. Esto excluía efectivamente de cobertura al 60 por 100 del mercado de la vivienda; peor aún, legitimaba explícitamente el racismo. Roy Wilkins, presidente de la NAACP, y la Leadership Conference on Civil and Human Rights tenían razón al temer que ello fortalecería a los extremistas que estaban «burlándose del enfoque legislativo de los derechos civiles», además de «incrementar el escepticismo entre los ciudadanos más sensatos»[4].

---

[1] Charles M. Lamb, *Housing Segregation in Suburban America Since 1960: Presidential and Judicial Politics*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005, p. 33.

[2] John Herbers, «Javits Gives Up His Demand for a Rights Bill Time Limit», *The New York Times*, 4 de mayo de 1966, p. 28.

[3] Allen Matusow sostiene que Johnson evitó una orden ejecutiva debido a los «riesgos políticos» que podía producir una masiva reacción blanca. En su opinión, el presidente estaba «eludiendo su responsabilidad al tiempo que aparentaba asumirla» pidiendo una legislación hito: A. Matusow, *The Unraveling of America: A History of Liberalism in the 1960s* [1984], Nueva York, Harper Collins, 2009, p. 266. Pero Matusow no tiene en cuenta que una iniciativa legislativa también comportaba grandes «riesgos políticos» para el presidente. Si intentaba y no conseguía impulsar el proyecto de ley sobre la vivienda en el Congreso, quedaría en evidencia el hecho de que su legendaria maestría política se estaba desintegrando. Su decisión de jugarse la reputación fue una muestra de valentía, no de cobardía, especialmente si tenemos en cuenta que podía haber dictado una orden ejecutiva débil, que le habría permitido declarar una victoria simbólica.

[4] Ben Franklin, «Wilkins Presses for Open Housing: Warns of "Heartbreaking" and Ugly "Developments" if Rights Bill Is Cut», *The New York Times*, 26 de Julio de 1966, p. 1.

Lo peor estaba todavía por llegar. Cuando el proyecto llegó al Senado, Everett Dirksen fue una vez más el que llevó las riendas, pero esta vez se negó a unir fuerzas con los Demócratas progresistas para frenar el obstruccionismo sureño, denunciando toda la iniciativa por considerarla ostensiblemente inconstitucional. Descartó la idea de que la noción de comercio interestatal pudiese ampliarse hasta incluir la compra y el alquiler de bienes inmuebles, y se negó a ampliar la Cláusula de Protección Igual para cubrir las ventas privadas que no implicasen formas obvias de acción estatal[5].

Reconoció que había tolerado una expansión espectacular del poder federal cuando dio su apoyo a la *Civil Rights Act* en 1964, pero ya tenía bastante y su decidida oposición privó a los progresistas del Senado de la mayoría de dos tercios necesaria para frenar el proceso obstruccionista. En este punto, fue Ramsey Clark, no su jefe, Lyndon B. Johnson, el que pareció el político más perspicaz; la campaña en pro de nueva ley-hito solo había puesto de manifiesto que «el pueblo estadounidense no estaba realmente dispuesto a llegar hasta el final en el camino de la justicia igual».

El futuro era desalentador. Las energías de Johnson estaban cada vez más orientadas a la escalada que se estaba produciendo en la guerra de Vietnam. Los disturbios de Watts estaban desplazando a la marcha de Selma como imagen recurrente en las pantallas de los televisores de la nación, presentando a los negros, no a los blancos, como violentos autores de injusticias. Este cambio de imagen estaba sugiriendo nuevas y perturbadoras cuestiones: ¿había llegado tal vez el momento de renunciar a futuros intentos de Reconstrucción? ¿Había llegado tal vez el momento de llevar a cabo determinados actos decisivos de represión que pusiesen fin a la escalada de la violencia negra?

En ese contexto, la *Fair Housing Act* representa una notable muestra de determinación por parte del pueblo estadounidense de mantener la promesa de la revolución de los derechos civiles. El deterioro político de Johnson hizo que los grupos pro derechos civiles y sus aliados progresistas en el Congreso tensasen la cuerda al máximo impulsando la iniciativa con renovadas energías. La crisis racial también provocó serias dudas en los Republicanos moderados. Cuando un proyecto de ley sobre la vivienda justa regresó al Senado en la primavera de 1968, Everett Dirksen cambió de actitud y aceptó frenar el obstruccionismo sureño negociando un compromiso con los Demócratas progresistas igual que había hecho en 1964 y 1965.

---

[5] Véase Darren Miles, «The Art of the Possible: Everett Dirksen's Role in the Civil Rights Legislation of the 1950s and 1960s», *Western Illinois Historical Review*, vol. 1, 2009, pp. 111-112; «Dirksen Assails Fair Housing Plan», *The New York Times*, 3 de mayo de 1966, p. 34 («Si pueden decirme qué tipo de comercio interestatal está involucrado en vender o alquilar una casa que está fija en el suelo, o donde haya jurisdicción federal, voy y me como su chimenea»).

Esto le obligó a reconsiderar su posición constitucional. Nunca se retractó de las interpretaciones restrictivas de las Cláusulas de Comercio y de Protección Igual que le llevaron a apoyar al obstruccionismo en 1966. Fundamentó su cambio de actitud en una teoría diferente: «Tengo que recordar que un ciudadano tiene una ciudadanía dual según la Constitución de Estados Unidos. [La Sección 1 de la Decimocuarta Enmienda] dice, de la forma más sencilla posible, que es un ciudadano de Estados Unidos y un ciudadano del estado donde reside. Estamos, pues, hablando de la ciudadanía del país. Y mi única esperanza es que esta sea tratada de un modo imparcial, siendo este el motivo de la propuesta sustitutoria que hoy se presenta en el Senado»[6].

Dado que la ley de la vivienda no hubiera sido aprobada sin el cambio de actitud de Dirksen, su expansiva noción de los privilegios de la ciudadanía merece una cuidadosa atención. Si bien representaba una expansión radical de las interpretaciones tradicionales, Dirksen ya había dejado claro en 1964 que estaba preparado para utilizar la legislación-hito para expresar unos ideales constitucionales «cuya hora había llegado».

Un sinfín de factores persuadieron a Dirksen de que había llegado la hora. Desde un punto de vista micro, la mayoría de senadores recién elegidos eran progresistas en cuestiones raciales y habían cambiado el equilibrio de poder del partido en el sentido de favorecer la vivienda justa[7]. No menos importante, los candidatos presidenciales Richard Nixon y Nelson Rockefeller dejaron claro que querían una aprobación rápida de la ley[8]. Los puntos de vista de Nixon eran especialmente elocuentes, dado que previamente había respaldado un planteamiento dilatorio que permitió a las autoridades locales «avanzar a su ritmo» y limitar la legislación nacional a las viviendas federalmente subvencionadas[9].

Estos zigzagueos expresaban un cambio más general en la opinión pública ejemplificado por la recepción general preservada al informe de la comisión presidencial encabezada por el gobernador de Illinois Otto Kerner.

El giro de Johnson hacia Kerner tenía algo de desesperación. La mayoría de comisiones presidenciales se olvidan pronto y sus informes desaparecen sin dejar rastro después de un poco de bombo y platillo en el ámbito de las relaciones públicas. Pero esta vez fue diferente. El Informe de Kerner fue un *best-seller* clamoroso y el fuerte apoyo que dio a la normativa sobre la vivienda justa hizo cristalizar el sentimiento público general en una respuesta

---

[6] Véase 114th *Congressional Record*, p. 4574, 28 de febrero de 1968.

[7] Véase Hugh Graham, «The Surprising Career of Federal Fair Housing Law», *Journal Policy History*, vol. 12, núm. 2, 2000, pp. 215, 218.

[8] Richard R. Lyons, «Nixon, Rocky Push GOP on Civil Rights Bill», *The Washington Post*, 21 de marzo de 1968, A1.

[9] D. Kotlowski, *Nixon's Civil Rights: Politics, Principle, Policy*, cit., p. 46.

constructiva[10]. Su publicación el 1 de marzo de 1968 llegó en un momento propicio: el proyecto de ley no había conseguido –por tercera vez– obtener la mayoría de dos tercios necesaria para frenar el obstruccionismo sureño. El líder de la mayoría Mike Mansfield estaba pensando seriamente en aceptar la derrota, pero la noticia de última hora del Informe de Kerner le convenció de presionar para que se llevase a cabo una cuarta votación, y esta vez Everett Dirksen se unió finalmente a la mayoría para acabar con la resistencia sureña[11].

Este hecho micro encerraba un aspecto macro. La Comisión expresaba y centraba la determinación más general de aguantar hasta el final en la construcción de un nuevo régimen de relaciones raciales. Mansfield y Dirksen estaban reflejando, no creando, este compromiso más general del pueblo estadounidense. El Senado indicaba con rotundidad su decisión de rechazar una disposición, como la aprobada por la Cámara de Representantes en 1966, que habría permitido a los agentes inmobiliarios seguir discriminando[12].

El proyecto de ley del Senado pasó luego a la Cámara de Representantes para una última prueba. Gerald Ford, el líder de la minoría republicana, se cerró en banda y pidió a sus colegas que repitiesen la actuación de 1966 y redujesen la cobertura del proyecto de ley desde el 80 al 40 por 100 del mercado inmobiliario[13]. Pero a los pocos días la dirección estaba sometida a una fuerte presión «de los progresistas y de los moderados de sus propias filas» para que aceptase el proyecto de ley del Senado. La resistencia de Ford empezó a desmoronarse el 21 de marzo, cuando se supo que Richard Nixon y Nelson Rockefeller «le habían instado a pedir el apoyo de los Republicanos a la legislación para prohibir la discriminación racial en la venta y alquiler de viviendas»[14]. El número de Republicanos de la Cámara de Representantes que estaba a favor del proyecto de ley creció rápidamente y a comienzos de abril la aprobación de la ley estaba prácticamente asegurada[15].

---

[10] Véase, por ejemplo, John Herbers, «Panel on Civil Disorders Calls for Drastic Action to Avoid 2-Society Nation», *The New York Times*, 1 de marzo de 1968, A1.

[11] Jean Dubofsky, «Fair Housing: A Legislative History and a Perspective», *Washburn Law Journal*, vol. 8, 1969, pp. 152, 158.

[12] Esta disposición fue inicialmente propuesta por el senador Howard Baker de Tennessee (yerno de Dirksen). Trataba de ampliar una excepción relativamente pequeña que exoneraba de la ley a los propietarios siempre que vendiesen o alquilasen sus casas personalmente, sin la ayuda de ningún agente inmobiliario profesional. Según la enmienda de Baker, los propietarios habrían podido mantener esta exoneración incluso recurriendo a agentes inmobiliarios, siempre que «indicasen» al profesional «sus preferencias [...] basadas en la raza, el color de la piel, la religión o el origen étnico», 114th *Congressional Record*, 1968, p. 5214. Esta masiva escapatoria legal fue rechazada por cuarenta y ocho votos frente a cuarenta y tres después de un acalorado debate, *ibid*., pp. 5221-5222.

[13] Marjorie Hunter, «Rights and Votes: The House on Housing», *The New York Times*, 17 de marzo de 1968, E6.

[14] Véase M. Hunter, «House GOP Eases Rights Bill Stand», *The New York Times*, 21 de marzo de 1968, p. 28.

[15] Véase «Effective Lobbying Put Open Housing Bill Across», 24th *Congress Quaterly Almanac*, 1968, pp. 166, 168, donde se informa de que el número de votos a favor del proyecto de ley del Senado pasó de treinta y cinco a mediados de marzo «a cincuenta y siete [...] y luego a

Insisto en estos detalles porque refutan la opinión muy extendida de que el asesinato de King el 4 de abril fue la causa principal del éxito del proyecto de ley. Esto es un error[16]. Aunque la terrible noticia aceleró el voto de la Cámara el 10 de abril, todo el trabajo se había hecho con anterioridad. La trágica muerte de King dotó al nacimiento de la ley-hito de una terrible solemnidad, pero no ha de utilizarse para banalizar el compromiso del pueblo estadounidense con la respuesta *constructiva* a la escalada de la violencia. Como dijo Roy Wilkins, de la NAACP, «no dependemos del periódico asesinato de los líderes negros para decidirnos a aprobar leyes»[17].

La justicia por esferas, reconsiderada

La *Fair Housing Act* hizo algo más que mantener el impulso legislativo; mantuvo los principios que dinamizaron las leyes-hito de 1964 y 1965. Esto es lo que dijo Edward Brooke, uno de los dos ponentes republicanos del proyecto de ley, explicando su relación con estos esfuerzos previos:

> Ha habido intentos serios de paliar la injusticia que dejó a muchos estadounidenses fuera de la cabina de votación. Ha habido logros respetables en el hecho de abrir los establecimientos públicos a todos nuestros ciudadanos.
>
> Pero en las áreas críticas de la vivienda, la educación y el empleo, el cambio ha sido intolerablemente lento. En estos ámbitos localizamos la explicación primordial de la conflictividad que perturba a la sociedad estadounidense. En estos ámbitos constatamos que la discriminación todavía ocupa la posición preponderante y que la justicia se halla bajo los cascos de los caballos. En estos ámbitos nuestro país tiene que realizar sus ambiciones declaradas de justicia igual bajo la ley o fracasar en los aspectos más nobles de la experiencia estadounidense. En estos ámbitos el Senado tiene que aportar liderazgo […]. Sin dicho liderazgo, sin la voz del Senado proclamando el verdadero y mejor espíritu de la ciudadanía estadounidense, hemos de tener en cuenta el peligro de que los instintos más bajos seguirán prevaleciendo en muchas partes de nuestro país[18].

---

sesenta y cinco […] a comienzos de abril». Carl Albert, el líder de la mayoría en la Cámara de Representantes, subrayó que «el portavoz de la Cámara, John W. McCormack, me comunicó hace un tiempo que se había asegurado los votos necesarios para que la Cámara aprobase el proyecto de ley», confirmando el comentario del diputado Olsen según el cual «la gran contribución que el Dr. King hizo a la aprobación de esta legislación es el resultado del trabajo que hizo en vida y no el de su trágica muerte», 114th *Congressional Record*, p. 9280, 9 de abril de 1968.

[16] Véase, por ejemplo, Ch. M. Lamb, *Housing Segregation in Suburban America Since 1960: Presidential and Judicial Politics*, cit., p. 42; A. Matusow, *The Unraveling of America: A History of Liberalism in the 1960s*, cit., p. 208. Ningún autor considera las pruebas contrarias presentadas aquí. Mi punto de vista lo respalda también H. Graham, «The Surprising Career of Federal Fair Housing Law», cit., p. 219. («King fue asesinado el 4 de abril, pero para entonces ya no había ninguna duda respecto a la aprobación del proyecto de ley»).

[17] Roy Wilkins, «History of Open-Housing Bill», *The New York Times*, 10 de mayo de 1968, p. 46.

[18] 114th *Congressional Record*, 1968, p. 2279.

Brooke estaba pidiendo a sus colegas que siguiesen la senda esfera por esfera que había iniciado la legislación anterior. Solo garantizando progresos en el mundo real de la vivienda, así como en los ámbitos del empleo y la educación, podría el Senado «proclamar el verdadero y mejor espíritu de la ciudadanía estadounidense». Dado que Brooke era el primer senador negro elegido popularmente, su diagnosis de los principios fundamentales reclama de manera especial nuestra atención.

El otro proponente del proyecto de ley, el demócrata Walter Mondale contribuyó con una segunda cuestión fundamental. En su opinión, el proyecto de ley estaba asestando un nuevo golpe a un mal omnipresente: «Más profunda que la privación material y física es la humillación y el rechazo y lo que ello hace a los seres humanos»[19]. Mondale había sustituido a Hubert Humphrey en el Senado cuando su colega de Minnesota accedió a la vicepresidencia en 1964, pero estaba repitiendo el mismo mensaje que este había recalcado como ponente de la *Civil Rights Act* de 1964[20].

El tema de la antihumillación resonó durante todo el debate, con una limitación importante[21]. Como explicaba Mondale, el proyecto de ley «no resolvería el problema económico de quienes no podían permitirse comprar la casa de su elección»[22]. Simplemente garantizaba a los «negros que eran libres *–si tenían el dinero y el deseo para hacerlo–* de mudarse adonde quisieran (el subrayado es mío)[23].

Esta condición es típica del planteamiento esfera por esfera adoptado por las leyes hito. Aunque el Congreso proporcionaba instrumentos legales intervencionistas para actuar contra los ataques a la dignidad de la gente negra en una u otra esfera, no trataba de atacar el impacto acumulativo de estas injusticias. Mondale y otros eran perfectamente francos reconociendo que la mayoría de negros estaban condenados a unos

---

[19] Mondale tomó prestada esta formulación de Algernon Black, un abogado defensor de los derechos civiles. Véase 114th *Congressional Record*, 1968, p. 2281.

[20] Véase el capítulo 7

[21] Mondale desarrolló el tema de la humillación desde el inicio mismo del debate. Su intervención inicial presentó varias historias reales acerca del fracaso de profesores universitarios, médicos y oficiales de marina negros en su intento de «comprar una vivienda decente en un barrio blanco»:

> El teniente Carlos Campbell […] recibió la orden de presentarse en la Defense Intelligence Agency en Arlington, Va. La historia que contó después de intentar una y otra vez encontrar una vivienda decente, que podía pagarse perfectamente, a una distancia razonable del puesto al que había sido destinado por el gobierno estadounidense, es una historia vergonzosa […] que debería ser una carga en la conciencia de todo estadounidense decente, 114th *Congressional Record*, 1968, pp. 2277-2278.

La relación que establece Mondale entre el ejército y la vivienda recuerda la que establecía Warren entre la escolarización pública y el servicio militar en el anterior intento de *Brown v. Board of Education* de establecer la centralidad de la esfera de la educación pública.

[22] 114th *Congressional Record*, 20 de febrero de 1968, p. 3421.

[23] *Ibid.*, p. 3422.

salarios bajos debido a una educación y a unas posibilidades de encontrar trabajo sistemáticamente inferiores. Pero esto no les llevó a hacer nada más aparte de proteger a los «afortunados», como describía Edward Brooke a la clase media negra de la que él mismo procedía[24]. Si bien la ley requería que el Department of Housing and Urban Development (HUD) actuase «afirmativamente» para promover sus objetivos, no autorizaba expresamente al HUD a obligar a los barrios blancos a abrir sus puertas a los negros pobres. Dependía de los propios barrios decidir si aceptaban proyectos de vivienda federalmente subvencionados[25].

Se trata del mismo planteamiento adoptado por el Congreso en la gestión de la justicia en el lugar de trabajo: si bien el Título VII se concentraba en las barreras contra el empleo que pesaban sobre los negros cualificados, no exigía que las empresas aceptasen solicitantes menos cualificados pertenecientes a minorías que no tuviesen capacitación por haber recibido una educación de poca calidad en escuelas segregadas. Para expresar el argumento general en una sola frase digamos que incluso el intento intervencionista de lograr la igualdad de oportunidades en esferas cruciales no equivalía a la igualdad de oportunidades para salir adelante en la vida considerada en su conjunto, dadas las desventajas acumuladas en el pasado.

Retomaré este tema más adelante, pero ahora quiero destacar el importante papel que desempeñó en la aprobación de la primera *Fair Housing Act* al proporcionar una respuesta convincente a los críticos, que denunciaban la iniciativa como una rendición ilegítima ante los rebeldes alborotadores negros. Esto es lo que dijo el senador Joseph

---

[24] Brooke también reafirmaba explícitamente el argumento de su oponente en su discurso introductorio al proyecto de ley: «La ley de la vivienda justa no promete acabar con el gueto; solo promete demostrar que el gueto no es una institución inmutable en Estados Unidos. Difícilmente llevará a una dispersión masiva de la población del gueto a los barrios residenciales; pero posibilitará que aquellos que dispongan de recursos puedan escapar de la soga que en las actuales condiciones asfixia a los barrios pobres urbanos de Estados Unidos», 114th *Congressional Record*, 1968, p. 2279.

[25] Véase Fair Housing Act, Pub. L. 90-284, § 808 (e)(5). Como recalca Charles Lamb, Mondale confiaba en que el Department of Housing and Urban Development sustituiría finalmente los guetos por «modos de vida verdaderamente integrados y equilibrados». Véase *Traficante v. Metropolitan Life Insurance Co.*, 409 U.S., 1974, pp. 205, 211. Pero no estoy de acuerdo con él cuando afirma: «No está claro si Mondale se refería solamente a la integración racial en el caso de la vivienda o también a la integración económica», véase Ch. M. Lamb, *Housing Segregation in Suburban America Since 1960: Presidential and Judicial Politics*, cit., p. 10. Al contrario, Mondale tenía muy claro que la ley no pretendía la «integración económica» y se centraba exclusivamente en garantizar que los negros pudieran adquirir una vivienda en las mismas condiciones que los blancos. Véase también la nota 24, supra, para un argumento idéntico defendido por el coponente republicano de Mondale, Edward Brooke.

Lamb sugiere con razón que George Romney trató de adoptar la integración económica como un objetivo nacional cuando fue secretario del HUD en el gobierno de Nixon. Pero no dice que Romney afirmase explícitamente que la *Fair Housing Act* no proporcionase una base legal adecuada para este objetivo más ambicioso y que se requería una nueva ley que legitimase esta iniciativa más amplia que el proponía. Véase la nota 56 infra.

Tydings, uno de los principales defensores de la ley, respondiendo a esta acusación habitual:

> La verdadera paradoja se produce cuando consideramos a quién deberíamos castigar por la derrota de la enmienda sobre la vivienda justa. ¿Quién sería? ¿La pequeña minoría de alborotadores negros?
>
> No. No es muy probable que ellos se dedicasen a comprar casas en los barrios residenciales, aunque tuviesen la oportunidad de hacerlo. Las personas más directamente perjudicadas serían los negros responsables de clase media, con ahorros y trabajo fijo, aquellos que no consideran que la violencia es la forma de mejorar la propia situación y que se sentirían horrorizados si alguien se lo sugiriese. Los que serían más castigados por la derrota de esta enmienda son los mismos que han hecho caso al consabido consejo que se ha dado a cada generación de estadounidenses: «Trabaja duro, ahorra y podrás mejorar las circunstancias de tus hijos yéndote a un barrio mejor»[26].

Hemos visto esto antes: los partidarios de los derechos civiles presentaban la «ley y el orden» como un amigo, no como un enemigo; la ley-hito garantizaría a los negros, no menos que a los blancos, su participación en el sueño americano y su opción a vivir en un barrio residencial si trabajaban duro y ahorraban dinero para hacerlo»[27].

Al presentar esta defensa por esferas, Tydings y otros muchos estaban siguiendo el mensaje de Lyndon B. Johnson al Congreso, que enmarcó todo el debate: «Cualquier estadounidense que desee comprar una casa, *y que pueda permitírselo*, tiene que tener libertad para hacerlo» (el subrayado es mío)[28].

Dinámicas de decisión

Cuando el senador Mondale introdujo su proyecto de ley sobre la vivienda, dotó al HUD de poderes generales para investigar y encargarse de hacer cumplir la ley. Si la agencia encontraba pruebas de infracción, no tendría que esperar que hubiese reclamaciones individuales para iniciar un

---

[26] 114th *Congressional Record*, 8 de febrero de 1968, p. 2708.

[27] Véanse los motivos aducidos por Nixon para firmar la renovación de la *Voting Rights Act* en 1970, que tratamos en el capítulo 9.

[28] Lyndon B. Johnson, «Civil Rights: The President's Message to Congress on Civil Rights», Office of the Federal Register, *Weekly Compilations of Presidential Documents*, Washington DC, 24 de enero de 1968, p. 113. Este punto fue interpretado de manera amplia en su momento: «Pese a la satisfacción manifestada por los legisladores y por el presidente, parecía dudoso que la legislación por sí misma contentase a los grupos pro derechos civiles o que solucionase los problemas sociales básicos de los negros. En el mejor de los casos, abría ligeramente la puerta a los guetos; el negro seguía teniendo el problema de tener que ganar el suficiente dinero para poder irse a un barrio residencial», John W. Finney, «Conflicting Pressures on Congress», *The New York Times*, 14 de abril de 1968, E2.

procedimiento legal; podría incluso emitir órdenes temporales de contención a la espera de las audiencias administrativas. Una vez establecida la existencia de una infracción, podría requerir a los infractores que realizasen una acción afirmativa para garantizar el cumplimiento futuro de la ley[29].

Aquí fue donde el senador Dirksen repitió su papel histórico de gran pactista. Si bien aceptó una definición muy amplia de la cobertura de la ley, transformó el HUD en un servicio de conciliación sin autoridad para hacer cumplir la normativa legal. Cuando la agencia recibía una queja, tenía treinta días para negociar un acuerdo voluntario del problema. Si no lo hacía, el demandante podía acudir a los tribunales y obtener el resarcimiento por daños y perjuicios. Incluso si ganaba tenía que pagar los gastos de su propio abogado, a menos que el tribunal considerase que era «financieramente no apto» para pagar la factura. Dirksen también insistió en poner un tope de mil dólares a los daños, con lo que ponía un freno adicional a los incentivos para litigar»[30].

Ya hemos estado aquí antes. En 1964 Dirksen obligó a los Demócratas progresistas a aceptar un trato similar sobre el empleo justo, garantizando a la EEOC el poder de investigar y conciliar, pero negándole todo papel a la hora de hacer cumplir la ley en casos individuales. La nueva normativa también siguió los pasos de las disposiciones sobre el empleo, autorizando al Departamento de Justicia a entablar demandas contra «patrones y prácticas» de discriminación[31]. Pero nadie creía que la elite departamental de la División de Derechos Civiles pudiese tensar más la cuerda.

De todos modos, el compromiso de Dirksen no estaba esculpido en granito. Como vimos en el capítulo 9, la EEOC utilizó su autoridad limitada durante los años siguientes (fase dos) de una forma que proporcionó una base para que Nixon y el Congreso mejorasen sus poderes de cumplimiento en su normativa de consolidación de 1972 (fase tres). Pronto consideraremos por qué esto no sucedió en el ámbito de la vivienda, pero de momento es mejor concluir la fase uno con las palabras que pronunció Lyndon B. Johnson cuando firmó el proyecto de ley el 11 de abril de 1968:

> Una tarde de abril del año 1966 pedí a un distinguido grupo de ciudadanos que estaban interesados en los derechos humanos que se reuniesen conmigo en el Salón Ministerial de la Casa Blanca. Aquella tarde, en su presencia, firmé un mensaje al Congreso. El mensaje pedía la promulgación de «la primera ley federal efectiva contra la discriminación en la compra y alquiler de viviendas» en los Estados Unidos de América.

---

[29] El senador Mondale tomó prestadas estas disposiciones de un proyecto de ley sobre vivienda justa que él mismo había presentado previamente en 1967. Véase 114th *Congressional Record*, 6 de febrero de 1968, p. 2271(reformulando unas disposiciones relevantes).

[30] Véase §810 y §812, 82 Stat., 1968, pp. 85-88.

[31] Véase §813(a), 82 Stat., 1968, p. 88.

> Pocos en la Nación –y la historia mostrará que también muy pocos de los que estaban en aquel salón aquel día– creían que la *Fair Housing Act* se convertiría –en nuestro tiempo– en una de las normas legales indiscutibles de este país.
>
> Y de hecho, este proyecto de ley ha hecho un largo y tormentoso viaje.
>
> No conseguimos que entrara en vigor en 1966.
>
> Lo intentamos de nuevo en 1967. Pero el Congreso no hizo nada al respecto aquel año.
>
> La hemos intentado de nuevo este año.
>
> Y ahora, esta tarde, finalmente, ha llegado su hora.
>
> No exagero si digo que los momentos en que más orgulloso me he sentido de mi presidencia han sido estos en los que he firmado para convertir en ley las promesas de un siglo.
>
> Nunca olvidaré que fue hace más de cien años cuando Abraham Lincoln hizo la Proclamación de la Emancipación, pero fue una proclamación, no un hecho.
>
> En la *Civil Rights Act* de 1964 afirmamos mediante una ley que los hombres que son iguales ante Dios también son iguales cuando buscan trabajo, cuando van a comer a un restaurante o cuando buscan un lugar para pasar la noche en cualquier estado de la Unión.
>
> Ahora las familias negras ya no sufren la humillación de ser marginadas debido a su raza.
>
> En la *Civil Rights Act* de 1965 afirmamos mediante una ley el derecho que tienen en esta tierra todos los ciudadanos a votar en las elecciones. En los cinco Estados en los que la ley ha tenido un mayor impacto, el número de votantes negros registrados se ha más que duplicado.
>
> Ahora, con este proyecto de ley, la voz de la justicia vuelve a hacerse oír.
>
> Proclama que una vivienda justa para todos –para todos los seres humanos que viven en este país– es una parte de la forma de vida estadounidense[32].

Johnson evoca algunos de los grandes temas de la revolución de los derechos civiles: la antihumillación; el gobierno por los números; esfera tras esfera, la Segunda Reconstrucción iba avanzando más allá de las promesas legales abstractas para atacar las injusticias más arraigadas en la vida cotidiana.

Jones v. Mayer

Dos meses después, el Tribunal Supremo se unió a este intento de reconstrucción constitucional en *Jones v. Mayer*[33]. Hablando en nombre de una

[32] Véase «Statement by President on Rights Bill», *The New York Times,* 12 de abril de 1968, p. 18 (transcripción de los comentarios completos); también disponible en http://bit.ly/2ppWAdi.
[33] 392 U.S., 1968, p. 409.

mayoría de siete magistrados, el dictamen de Potter Stewart contrasta claramente con la anterior decisión del Tribunal en *Heart of Atlanta Motel v. United States*, que se enfrentó a un problema análogo. Recuérdese que la *Civil Rights Act* de 1964 atravesó las barreras de la «acción del Estado» erigidas por los *Civil Rigths Cases* de 1883 para imponer determinadas obligaciones contundentes a las empresas privadas. Aunque cinco jueces estaban dispuestos a rechazar este legado del siglo XIX, el dictamen publicado del juez Clark eludía la cuestión completamente. Su decisión estaba motivada por razones meramente pragmáticas: el juez Harlan, y posiblemente otros, estaba dispuesto a firmar la decisión confirmando la ley solo si se basaba exclusivamente en la Cláusula de Comercio del *New Deal*. Con unos cuantos recalcitrantes sureños amenazando con ofrecer una resistencia masiva, el Tribunal quería presentar un frente unido en apoyo del asalto de la ley al régimen de Jim Crow[34].

Las cosas eran diferentes en 1968. La aprobación por los dos partidos de tres leyes-hito en cuatro años había resuelto efectivamente la cuestión de la constitucionalidad en la opinión pública. En este contexto, un disenso del juez Harlan (y del juez Byron White) ya no amenazaba con socavar los fundamentos de la Segunda Reconstrucción. Esta vez, la mayoría de siete magistrados podía utilizar *Jones v. Mayer* para expresar la verdad obvia según la cual la revolución de los derechos civiles era una revolución de los *derechos civiles*, que requería una ruptura, de una vez por todas, con las nociones limitadas de responsabilidad del estado heredadas de la Primera Reconstrucción.

Se necesita normalmente un par de años para que un reto constitucional a una nueva legislación se abra camino hasta el Tribunal Supremo. Pero los juristas del interés público ya habían colocado a *Jones v. Mayer* en la lista de casos del Tribunal, lo que permitió a los jueces resolver las cuestiones constitucionales clave planteadas por la *Fair Housing Act* a los dos meses de su aprobación. Esta velocidad, sin embargo, tuvo que pagar el precio de una deliberación adecuada. El litigio de *Jones* empezó antes de que la cuestión de la vivienda justa se convirtiese en una prioridad en la agenda nacional. En el momento en que llegó al Tribunal, Dirksen, Mondale y Johnson estaban forcejeando con temas constitucionales parecidos a aquellos que estaban considerando los jueces. Sin embargo, estos no llegaron a entender que la resolución de estos temas por la *Fair Housing Act* podía enriquecer su propia confrontación con los problemas paralelos suscitados por *Jones v. Mayer*. Esta disyunción entre el Tribunal y las instituciones políticas enmarca el reto que abordamos aquí. Nuestro objetivo es integrar las distintas conversaciones judiciales y legislativas en un todo constitucional más amplio. Esto nos

[34] En los capítulos 4 y 7 se desarrolla más este tema.

permitirá ver cómo todas juntas equivalen a un esfuerzo notable efectuado por parte de los tres poderes para reconstruir los fundamentos constitucionales de la Segunda Reconstrucción en la primavera de 1968.

Jones v. Mayer fue uno de los típicos casos de la época que sentó jurisprudencia, recurriendo a los tribunales para que promovieran avances igualitarios que las asambleas legislativas no estaban dispuestas a respaldar. Empezó en 1965, un año antes de que Lyndon B. Johnson convirtiese la cuestión de la vivienda justa en una iniciativa central en pro de los derechos civiles. El pleito fue una creación de Samuel H. Liberman II, un abogado de 33 años, educado en Harvard y presidente del Greater St. Louis Freedom of Residence[35]. Con la legislación sobre la vivienda justa dejada de lado en Washington DC, Liberman rebuscó en los códigos legales e hizo un descubrimiento notable: una vieja ley federal de un siglo de antigüedad ¡*ya* había prohibido la discriminación en la vivienda!

Había solo un problema. ¿Cómo es que nadie se había dado cuenta antes?

Para defender su caso Liberman tuvo que reinterpretar el viejo lenguaje legal de una forma radicalmente nueva. En 1866, el Congreso de la Reconstrucción había promulgado una ley garantizando a «todos los ciudadanos, de cualquier raza y color […] el mismo derecho […] a heredar, comprar, arrendar, vender, conservar y traspasar bienes muebles e inmuebles […] de que gozan los ciudadanos blancos»[36]. Esta concesión de autoridad legal fue muy importante cuando fue aprobada después de la recién promulgada Decimotercera Enmienda. Hasta aquel momento se habían vendido y comprado esclavos como si fuesen una propiedad, pero ahora el Congreso estaba dejando claro que los libertos podían comprar y vender propiedades por derecho propio. Esto fue especialmente importante en un momento en que los antiguos estados confederados estaban aprobando Códigos Negros que limitaban claramente la libertad contractual.

Pero cien años más tarde, la Segunda Reconstrucción tenía como objetivo ir más allá de la libertad formal en pro de la justicia en el mundo real y, como abogado del movimiento, Liberman quiso introducir un nuevo significado en una vieja ley. Los tribunales habían interpretado tradicionalmente la ley de 1866 de una forma sencilla: los negros, como los blancos, tenían ahora el derecho de firmar contratos con aquellos vendedores que estuviesen dispuestos a aceptar sus ofertas. Liberman quería que las

---

[35] Véase Darrell Miller, «White Cartels, the Civil Rights Act of 1866, and the History of Jones v. Alfred H. Mayer Co», *Fordham Law Review*, vol. 77, 2008, p. 999.

[36] Ley de 9 de abril de 1866, cap. 31, § 1, 14 Stat. 27. Esta formulación fue revisada más tarde, en el siglo XIX, y ahora dice así:

> Todos los ciudadanos de Estados Unidos tendrán el mismo derecho, en cada estado y territorio, del que gozan en ellos los blancos para heredar, comprar, arrendar, vender, conservar y transferir bienes muebles e inmuebles (42 U.S.C., 1982).

palabras tuviesen un significado muy distinto. A su modo de ver, daba a los negros el derecho a obligar a unos vendedores *no dispuestos* a tratar con ellos de acuerdo con un criterio no discriminatorio.

Ningún tribunal federal se había tomado esta afirmación en serio; por ello, como buen abogado, Liberman se movió con cautela. Al principio, no presentó una versión completa de su revolucionaria teoría. Solo pidió al tribunal del distrito que «hiciese una excepción especial» que exigiese a los grandes promotores suburbanos abrir sus subdivisiones a los negros[37]. Pero incluso esta petición era demasiado radical para el juez del distrito, que descartó el caso sumariamente en mayo de 1966, cuando el presidente Johnson estaba librando y perdiendo su primera batalla en pro de una normativa legal justa en cuestiones de vivienda.

Con Washington polarizado, Liberman obtuvo el apoyo de un formidable equipo legal para hacer la defensa de una reinterpretación a gran escala ante la Octava Corte de Apelaciones. Casualmente, en el tribunal estaba el futuro magistrado del Tribunal Supremo Harry Blackmun, que apenas pudo contener su sorpresa al ver que «el caso se acerca mucho a plantear manifiestamente la cuestión de si, en ausencia de una legislación federal o estatal sobre la vivienda, el propietario de una casa [...] puede negarse a venderla a un posible comprador solo porque este sea negro»[38]. Escribiendo para un jurado unánime explicó por qué las autoridades tradicionales impedían al tribunal que separase la ley de 1866 de sus raíces históricas. Cuando dio a los Jones la mala noticia en junio de 1967, su equipo legal inmediatamente pidió al Tribunal Supremo que revisase la decisión.

Los magistrados dijeron que sí en otoño de 1967, casi en el último momento en que podían de forma verosímil suponer que el futuro de la vivienda justa dependía de su liderazgo. En ese momento, el presidente Johnson había pasado una vez más a la ofensiva en el frente de la vivienda, pero teniendo en cuenta el anterior rechazo del Senado, el futuro de su iniciativa seguía siendo borroso. Dada la incertidumbre precedente, la Administración trató la llegada del caso *Jones v. Mayer* a la lista de casos del Tribunal Supremo como una póliza de seguros: si el proyecto de ley para una vivienda justa no conseguía superar las objeciones constitucionales del senador Dirksen, tal vez el Tribunal podría transformar la ley de 1866 en una *Fair Housing Act* digna de la Segunda Reconstrucción.

---

[37] *Jones v. Mayer*, 255 F. Supp, pp. 115, 119 (E.D.Mo. 1966).

[38] *Jones v. Mayer*, 379 F.2d, 1967, pp. 33-34. Como explica Linda Greenhouse, *Becoming Justice Blackmun: Harry Blackmun's Supreme Court Journey*, Nueva York, Henry Holt & Co., 2005, pp. 29-30: «Las simpatías de Blackmun estaban con el demandante [...], pero se sentía obligado a acatar el precedente. Observó que un "cambio de curso" podía ser inminente, pero que él estaba obligado a cumplir como tribunal inferior».

El Solicitor General, que representa al gobierno estadounidense ante el Tribunal Supremo, Erwin Griswold entró en liza como *amicus curiae* a favor de los Jones, completando la transformación de un caso muy especulativo que podía sentar jurisprudencia en Missouri en una apelación cargada de autoridad por parte de la Administración a repensar los fundamentos de la Reconstrucción. Pero las cosas habían cambiado una vez más a comienzos de abril, cuando el caso se presentó para el juicio oral. En ese momento, Dirksen había resuelto sus dudas constitucionales aceptando una interpretación revolucionaria de la cláusula de ciudadanía de la Decimocuarta Enmienda. El proyecto de la *Fair Housing Act* estaba avanzando hacia la aprobación final, cuando los magistrados discutían por primera vez el caso *Jones v. Mayer* en su reunión del 5 de abril.

Las actas de esta reunión privada indican que todo el mundo quería desagraviar a los Jones, pero que no estaban de acuerdo en cómo hacerlo[39]. Cuando el presidente Johnson hubo firmado la *Fair Housing Act* el 11 de abril, el Tribunal reconsideró la cuestión el 18 de abril, con los jueces Thurgood Marshall y Abe Fortas instando a sus colegas a no decidir el caso porque la ley de 1968, y no la de 1866, tenía que ser central en la moderna iniciativa. Brennan, Harlan y White respaldaron su petición de recurrir a las partes para que presentasen informes suplementarios sobre las implicaciones de la nueva ley, mientras Fortas «confiaba en que una respuesta haría decir al demandado que vendería la casa para que nosotros no tengamos que tomar una decisión»[40]. Pero cuando llegaron los informes suplementarios, los Jones seguían pidiendo amparo. Harlan y White siguieron insistiendo en descartar el caso. Como explicarían más tarde en su escrito de discrepancia, la aprobación de la nueva ley había «reducido tanto la importancia pública» de la ley de 1866 que esta debía consignarse a la historia antigua[41].

La petición de circunspección de los discrepantes habría tenido sentido si la única preocupación de la mayoría hubiese sido el desarrollo de la ley sobre la vivienda. El dictamen de Stewart convertía en una chapuza la historia de la ley de 1866[42]. Como veremos, también deformó el futuro desarrollo de la política sobre la vivienda.

---

[39] Véase Bernard Schwartz, «Rehnquist, Runyon, and Jones–The Chief Justice, Civil Rights, and *Stare Decisis*» *Tulsa Law Journal*, vol. 31, 1995, pp. 251, 259-260.
[40] Del Dickson (ed.), *The Supreme Court in Conference (1940-1985): The Private Discussions Behind Nearly 300 Supreme Court Decisions*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 730.
[41] *Jones v. Mayer*, 392 U.S., 1968, pp. 409, 450.
[42] El profesor Louis Henkin expresó de forma característica su perplejidad acerca de los motivos «por los que el Tribunal no pudo resistir la tentación de encontrar en la ley de 1866 lo que, con una lectura imparcial, ningún Congreso había leído en ella», L. Henkin, «Foreword: On Drawing Lines», *Harvard Law Review*, vol. 82, 1968, pp. 63, 84. Véase también Gerhard Casper, «Jones v. Mayer: Clio, Bemused and Confused Muse», *Supreme Court Review*, vol. 89, 1968; Earl Malz, *Civil Rights, the Constitution, and Congress, 1863-1869*, Lawrence (KS), University Press of Kansas, 1990, pp. 70-78.

Pero la mayoría de siete magistrados se produjo después de un debate más amplio. Su revolucionario acto de interpretación legal fue meramente el prólogo de una profunda redefinición del compromiso constitucional de Estados Unidos con la igualdad. Recuérdese que, en aquel mismo momento, el senador Dirksen estaba involucrado en el mismo proyecto al otro lado del Capitolio. En 1966 había basado su férrea oposición a la primera iniciativa de Johnson sobre la vivienda justa en argumentos constitucionales, defendiendo el punto de vista tradicional expresado por los *Civil Rights Cases* de 1883, que dejaban las transacciones mercantiles privadas al margen de la Cláusula de Protección Igual. Pero en la primavera de 1968, Dirksen había llevado a sus colegas Republicanos a adoptar la iniciativa aduciendo una lectura transformadora de los «privilegios» e «inmunidades» constitucionales de los «ciudadanos de Estados Unidos».

Este fue un gran momento en la historia constitucional. Hasta que Dirksen se pronunció, la cláusula de la ciudadanía había soportado la carga del legado del siglo XIX. Los *Slaughterhouse Cases* de 1873 se habían negado a interpretar «privilegios» e «inmunidades» como una garantía abierta a la elaboración de derechos fundamentales, y este revés había consignado la cláusula de ciudadanía a la periferia constitucional durante casi un siglo. Pero de repente Dirksen le estaba insuflando nueva vida. Y ahora proclamaba que los estadounidenses podían reclamar justicia en el mercado inmobiliario como un privilegio de la ciudadanía nacional, que autorizaba al Congreso a protegerlo contra la discriminación que pudiera sufrir por parte de sujetos privados y no solo de funcionarios públicos.

Esta lectura transformadora permitió a Dirksen construir una especie de camino real en torno a las limitaciones tradicionales sobre el alcance de la Decimocuarta Enmienda. Formalmente hablando, no había necesidad de lanzar un ataque frontal contra la doctrina de la acción del Estado anunciada en los *Civil Rights Cases*, dado que esta se aplicaba solamente a la Cláusula de Protección Igual, pero no a la Cláusula de Ciudadanía. Pero la aquiescencia de Dirksen convirtió en irrelevantes las antiguas restricciones de la protección igual, ya que la «nueva» Cláusula de Ciudadanía bastaba a todos los efectos prácticos.

Dirksen no era un simple senador ordinario. Su cambio de postura fue capital en la aprobación de la ley de 1968 e introdujo una perspectiva totalmente nueva en el dictamen elaborado por Stewart en *Jones*. Para que se entienda mi punto de vista, considérese que Stewart se encontró en la misma posición que Dirksen en cuanto llegó a la notable conclusión de que la primera *Fair Housing Act* había sido aprobada en 1866, no en 1968. Como Dirksen, ahora estaba obligado a explicar por qué era constitucional que el Congreso impusiera un régimen igualitario a las transacciones puramente privadas y no meramente a las acciones de los funcionarios estatales.

Stewart respondió a este desafío a la manera dirkseniana. Igual que el senador, no cuestionó directamente la doctrina de la acción del Estado bajo la cláusula de la protección igual. Simplemente redujo su importancia práctica transformando una disposición constitucional diferente para esquivar las barreras erigidas por la restricción de la acción del Estado. A diferencia de Dirksen, no podía utilizar la Cláusula de Ciudadanía para llevar a cabo esta misión, dado que *Jones v. Mayer* implicaba una ley aprobada en 1866, dos años antes de la Decimocuarta Enmienda. En consecuencia, tuvo que rebuscar en su carpeta legal para ver si encontraba un gancho doctrinal diferente al que agarrarse. La Decimotercera Enmienda había sido promulgada en 1865, así que era la elección obvia.

El primer paso en el argumento de Stewart no era en absoluto polémico. Todo el mundo reconocía que la Decimotercera, a diferencia de la Decimocuarta Enmienda, eliminaba tanto las formas privadas como las públicas de esclavitud y servidumbre involuntarias. Su movimiento transformador lo hizo en el siguiente paso. La Sección 2 de la Enmienda daba al Congreso poder para hacer cumplir estas prohibiciones mediante la legislación adecuada. Pero los *Civil Rights Cases* de 1883 parecían bloquear un uso amplio de dicho poder, insistiendo, como es sabido, en que «se echaría a perder el argumento contra la esclavitud si se aplicase a todo acto de discriminación que una persona considerase apropiado hacer […] por ejemplo, a qué personas dejaría entrar en su autobús, taxi o coche, o admitir en su espectáculo o teatro, o con quién relacionarse comercial o empresarialmente»[43].

Pero, igual que Dirksen, Stewart estaba decidido a romper las ataduras con el peso muerto del pasado. Desestimó los *Civil Rights Cases* con una sola frase tendenciosa enterrada en una nota a pie de página, y habló sobre el tema con una voz del siglo XX: «Como mínimo, la libertad que el Congreso está autorizado a garantizar en virtud de la Decimotercera Enmienda incluye la libertad de comprar cualquier cosa que un hombre blanco pueda comprar, el derecho a vivir donde un hombre blanco pueda vivir. Si el Congreso no puede decir que ser un hombre libre significa al menos esto, entonces la Decimotercera Enmienda hizo una promesa que la Nación no puede mantener»[44].

Como mínimo […]: Stewart no solo está creando una nueva lógica para una vieja ley, cuyo significado él mismo acababa de cambiar radicalmente. Su nuevo fundamento es lo suficientemente amplio como para reivindicar muchos de los logros históricos de 1964 y 1968, cuyo objetivo preciso era dar realidad social a la expresión «ser un hombre libre».

---

[43] *Civil Right Cases*, 109 U.S., 1883, pp. 3, 24-25.
[44] *Jones v. Mayer*, 392 U.S., cit., p. 443.

Stewart va más allá de Dirksen en un aspecto fundamental. Las modernas leyes-hito ampliaban su protección a todos los residentes en Estados Unidos, no solo a sus ciudadanos. La lógica de Stewart podía integrar este punto sin problemas, ya que su reconstrucción de la Decimotercera Enmienda se aplicaba a «todos los hombres libres»; en cambio, la apelación de Dirksen a los «privilegios» de la ciudadanía tenía problemas para integrar el impulso inclusivo de la Segunda Reconstrucción.

El argumento de Stewart también tiene paralelismos notables con el discurso de Lyndon B. Johnson al firmar la *Fair Housing Act*, según el cual «hace más de cien años que Abraham Lincoln firmó la Proclamación de la Emancipación, pero la emancipación sigue siendo una proclamación y no un hecho». Stewart hablaba de la Enmienda de la Emancipación, no de la Proclamación, pero su mensaje era el mismo: la década de 1960 iba más allá de la promesa de la década de 1860 de una libertad formal, para exigir la verdadera libertad de los «símbolos» de la esclavitud en el mundo real.

* * * * *

Es hora de inaugurar un punto de inflexión doctrinal. Mientras que el énfasis de Stewart en la Decimotercera Enmienda le facilitaba acomodar determinados aspectos de la Segunda Reconstrucción, el énfasis de Dirksen en la ciudadanía le permitía tener intuiciones más profundas en otro frente importante. Dado el marco de la Decimotercera Enmienda de Stewart, era natural condenar la discriminación en la vivienda como un persistente «símbolo» o «manifestación» de la esclavitud en el Estados Unidos moderno. Pero esta formulación tuvo una resonancia limitada para el público en general. Para el hombre o la mujer normales y corrientes, la invocación de Stewart a la esclavitud y a la emancipación conjuró un tiempo remoto que habían encontrado por última vez en las clases de educación cívica del instituto. Aún peor, su vocabulario de anticuario planteaba una cuestión muy sustantiva: ¿estaba sugiriendo Stewart que la actual Enmienda de la Emancipación podía invocarse *solamente* contra las prácticas discriminatorias que tenían sus raíces históricas en la esclavitud?

De ser así, estaba inaugurando un debate interminable acerca de la medida en que determinados desarrollos más recientes habían desplazado a la esclavitud a la hora de explicar las causas de las continuas desventajas de los negros (y de otros grupos oprimidos) en el mercado.

Líderes políticos como Johnson y Mondale fueron al corazón de la cuestión. Al definir el mal de la discriminación en la vivienda, pusieron de relieve la humillación de la exclusión y sus consecuencias para el espíritu humano. Esto era algo que todo el mundo podía apreciar, y no dependía de argumentos históricos especulativos acerca del duradero impacto de la

esclavitud. Sean cuales fueren sus causas históricas, la humillación institucionalizada debilita la experiencia de la libertad en el mundo real y esto basta para convertirla en un defecto constitucional de primera magnitud.

Stewart y sus colegas podían haber aprendido algo importante en este sentido de los líderes políticos de la nación. Si hubiesen escuchado el debate más atentamente, habrían oído a Lyndon B. Johnson recalcando una idea fundamental al firmar la *Fair Housing Act*: «Ahora las familias negras ya no sufrirán la humillación de ser rechazadas a causa de su raza».

Pero desgraciadamente la postura procesal de *Jones v. Mayer* no invitaba a hacer este esfuerzo. El caso no tenía que ver con la *Fair Housing Act* de 1968, sino con la *Civil Rights Act* de 1866 y, por ello, una consideración sostenida de los puntos de vista expresados por los líderes políticos de la Segunda Reconstrucción no parecía necesaria.

Las cosas podrían haber sido diferentes si la mayoría hubiese seguido el consejo de Harlan y White. En este caso habrían descartado a *Jones v. Mayer* a la espera de la aparición de un caso que cuestionase directamente la constitucionalidad de la *Fair Housing Act*. Tal vez en torno a 1970 los jueces habrían tenido una mejor oportunidad de afrontar las tensiones, que hemos estado explorando, entre los privilegios de los ciudadanos y los derechos de las personas libres, así como entre el lenguaje de la humillación y el lenguaje de la esclavitud. Posiblemente, tras escuchar todos los argumentos, habrían emitido un mejor dictamen, que sintetizase los temas de los siglos XIX y XX en una reivindicación convincente de los logros constitucionales de la Segunda Reconstrucción.

Pero no hubo un segundo dictamen. Con *Jones v. Mayer* en los códigos legales ya no había necesidad de que el Tribunal Supremo abordase otro caso para elaborar los fundamentos constitucionales de la *Fair Housing Act*, dado que la reinterpretación que hizo Stewart de la Decimotercera Enmienda bastaba para resolver cualquier duda al respecto[45].

Nos hemos quedado, pues, con dos patrones definidos de reconstrucción constitucional que emergen del punto culminante de la revolución de los derechos civiles en 1968. Uno de ellos procede de los jueces de la nación y hace hincapié en el significado de la libertad y en la necesidad de rechazar los «símbolos» y las «manifestaciones» de la esclavitud. El otro procede de los líderes políticos de la nación y hace hincapié en el significado de la ciudadanía y en el mal de la humillación institucionalizada. ¿Cómo sintetizar estas dos aproximaciones en un todo más general?

---

[45] Véase, por ejemplo, *United States v. Hunter*, 459 F2d, 205 (4th Cir. 1972), *cert. denied*, 409 U.S., 1972, p. 934: *United States v. Bob Lawrence Realty, Inc.*, 474 F.2d 115 (5th Cir. 1973), *cert. denied*, 414 U.S., 1973, p. 826, confirmando las disposiciones de la *Fair Housing Act* sobre la base de Jones sin tener que recurrir a la Decimocuarta Enmienda o a la Cláusula de Comercio.

La cuestión de la síntesis plantea un reto central en el momento en que el siglo XXI aborda la tarea de interpretar el legado perdurable de la Segunda Reconstrucción. Sin embargo, el marco profesional existente ni siquiera nos permite plantear la cuestión y, mucho menos, contestarla. Bajo el canon convencional centrado en los tribunales nos permitimos contemplar solamente la mitad de la conversación, aquella expuesta en las páginas de los *United States Reports*.

Aún peor, banalizamos la importancia de *Jones v. Mayer.* Solo un fragmento del dictamen de Stewart aparece normalmente en los manuales y los jueces no se toman en serio su importancia transformadora. Lo ven como la creación de una limitada excepción de la Decimotercera Enmienda a los principios generales, que limitan el alcance de los compromisos igualitarios de Estados Unidos. Según el punto de vista convencional, estos límites fundamentales están determinados por la Decimocuarta Enmienda y no por la Decimotercera.

Al centrarse en la Decimocuarta Enmienda, además, el punto de vista convencional ignora enteramente la enfática invocación del senador Dirksen de los privilegios de la ciudadanía estadounidense como fundamento de la Segunda Reconstrucción. Desde que Dirksen cambió su postura en el Senado, el canon centrado en los tribunales simplemente lo ignora. Y, en cambio, sigue centrado en la Cláusula de Protección Igual. Dado que los *Civil Rights Cases* nunca han sido formalmente invalidados, la comunidad legal supone que la doctrina de la acción de los estados que anunciaban en 1883 sigue mereciendo ocupar un lugar central en el canon constitucional.

Esto es un error. *Jones v. Mayer* era algo más que simplemente otro caso en la larga serie de precedentes legales. Era parte de una conversación más amplia mediante la cual los líderes políticos y judiciales de la nación se unieron para definir los principios constitucionales del régimen del *New Deal*-Derechos Civiles. Traicionamos este logro cuando nos mantenemos en el canon centrado en el Tribunal Supremo. Una vez que incluimos las leyes-hito no solo integramos las voces de Dirksen, Mondale y Johnson en el legado legal. Podemos también profundizar nuestro reconocimiento de la fuerza y los límites del análisis de Stewart. Si ampliamos el canon constitucional, también mejoramos nuestra interpretación de la contribución del Tribunal Supremo, igual que hicimos al integrar el significado de *Brown v. Board of Education* en la conversación constitucional más amplia que produjeron las leyes-hito de la década de 1960.

Retomaré este punto en el capítulo 14, pero de momento es más importante completar la historia de la legislación sobre la vivienda justa considerando su desarrollo posterior durante los años de Nixon.

¿Ratificación y consolidación?

La *Fair Housing Act* y *Jones v. Mayer* son logros notables, pero no equivalen a un «momento constitucional» si son considerados en su espléndido aislamiento. Su reivindicación de una importancia duradera reside en su estratégica ubicación en el marco de una narrativa mucho más amplia, que arranca con la decisión de *Brown v. Board of Education* de poner los derechos civiles en el centro de la agenda constitucional (fase uno, señalización), que continúan con la decisión del presidente Johnson y del Congreso de seguir con la promulgación de la *Civil Rights Act* (fase dos, proposición) y es sostenida por la decisión consciente de los votantes de rechazar a Barry Goldwater y su crítica constitucional de la ley (fase tres, desencadenamiento), todo lo cual permitió a Johnson y al Congreso reclamar un mandato popular para futuras leyes-hito, que culminaron en los avances de primavera sobre la cuestión de la vivienda justa (fase cuatro, elaboración).

Las contribuciones de los tres poderes del Estado en 1968 prepararon el terreno para un periodo de prueba en las elecciones de otoño (fase cinco, ratificación), invitando a Richard Nixon a proteger sus compromisos con las leyes-hito para reducir la atracción de la candidatura de George Wallace.

Nixon no retrocedió. Reafirmó su opinión de que la *Fair Housing Act* era «una decisión sensata, que yo apruebo»[46]. Si situamos estas declaraciones en el contexto de una campaña más amplia, las elecciones de 1968 fueron el equivalente de una ratificación popular de las tres leyes-hito, que establecieron los términos de la Segunda Reconstrucción, tal como he argumentado en el capítulo 4.

Una vez que Nixon se incorporó a la Casa Blanca, emergió un problemas característico (fase seis, consolidación). A diferencia de las esferas del voto (1970) y del empleo (1972), ni la Cámara de Representantes ni el Senado aprobaron una ley, que reafirmara y fortaleciera la *Fair Housing Act* durante el primer mandato de Nixon. ¿Cuestiona este fracaso la profundidad del compromiso nacional con el estatus legal de carácter superior de la iniciativa sobre la vivienda de 1968?

Mi respuesta es no. La pasividad legislativa fue en gran parte una consecuencia no buscada de la intervención del Tribunal Supremo en *Jones v. Mayer*. Simplemente, el dictamen del juez Stewart dio a los grupos pro derechos civiles mucho de lo que esperaban conseguir del Congreso. En consecuencia, dedicaron sus energías políticas a apoyar objetivos más ambiciosos en la cuestión de la vivienda, especialmente los propuestos por George Romney, el secretario del HUD de Nixon. Romney era un firme progresista que quería ir más allá de los objetivos limitados de la ley de 1968. Mientras

[46] Robert Semple, «The Nixon Strategy: Unity and Caution», *The New York Times*, 11 de agosto de 1968, p. 1.

que esta ley-hito tenía como objetivo proporcionar a los negros con dinero el derecho efectivo a comprar casas en los barrios blancos de clase media, Romney quería obligar a los barrios residenciales a abrir sus puertas a las viviendas subvencionadas para pobres de todas las razas. La integración económica, y no solo la racial, era su objetivo. Fracasó, y su fracaso ha tenido consecuencias duraderas que han llegado hasta el día de hoy.

Pero la derrota de Romney no implicó el rechazo del objetivo más limitado de la *Fair Housing Act* por parte de las instituciones políticas ni por parte del pueblo estadounidense. Al contrario, solo sirvió para fortalecer un tema central: mientras que las leyes-hito tenían el objetivo de conseguir la igualdad de oportunidades para los negros y otras minorías en cada una de las esferas, no fueron más allá tratando de erradicar las formas más arraigadas de injusticia económica.

Pero me estoy adelantando. Mi primera tarea es mostrar cómo *Jones v. Mayer* tuvo la consecuencia no buscada de desviar las energías políticas de la iniciativa nixoniana de aprobar normativa que consolidase la *Fair Housing Act*. Mi planteamiento es necesariamente especulativo; es difícil explicar por qué algo *no* ha sucedido. Sin embargo, confío en hacerlo verosímilmente contrastando el escenario de la vivienda con otros desarrollos paralelos en la normativa del empleo justo, que dieron lugar efectivamente a una normativa de consolidación.

El enfoque comparativo empieza con las sorprendentes similitudes en los acuerdos políticos que generaron la normativa original de 1964 (empleo) y 1968 (vivienda). En ambas ocasiones, los Demócratas progresistas querían inicialmente atacar el problema con una agencia al estilo del *New Deal*, otorgando a la EEOC y al HUD amplios poderes para investigar hechos, promulgar regulaciones y hacer cumplir el mandato legal mediante unas órdenes de cese y desistimiento. En ambos casos, el senador Dirksen se negó a secundar la idea. Insistió en los compromisos que privaban a ambas agencias de autoridad para hacer cumplir la ley y que las transformaba simplemente en instancias de mediación. Como hemos visto, los individuos que tenían quejas respecto a discriminación en el empleo o la vivienda primero tenían que pedir a la EEOC o al HUD que resolvieran el problema informalmente antes de acudir a los tribunales. Si la agencia no lo hacía, desaparecía del cuadro. Aunque las dos leyes autorizaban al Departamento de Justicia a entablar demandas contra los «patrones y las prácticas» discriminatorias en los casos más sangrantes, dependía generalmente de las partes privadas pedir el cumplimiento de la ley en los tribunales.

En ambos casos el modelo de mediación fue un fracaso. Al igual que la EEOC, el HUD pronto empezó a acumular un gran retraso[47]. Aquí es

[47] El atraso se quintuplicó entre 1969 y 1973, pasando de trescientos uno a mil ochocientos treinta casos. Compárese el *HUD Statistical Yearbook* de 1970 con el de 1973.

donde nuestras historias divergen. En el caso del empleo, los grupos pro derechos civiles se centraron en este fracaso en su campaña a favor de la reforma legal. Incluso alentaron miles de quejas adicionales para sobrecargar aún más a la EEOC, generando una tercera parte del total de la lista de casos gestionados por la agencia[48].

Pero *Jones v. Mayer* hizo que una campaña similar resultara menos imperativa respecto a la cuestión de la vivienda. Ahora que Stewart había transformado la ley de 1886 en una norma reguladora de la vivienda justa, los negros podían eludir el atolladero de la HUD acudiendo inmediatamente a los tribunales. En realidad, el nuevo remedio de *Jones* les permitió litigar en unas condiciones más ventajosas. Como parte del compromiso de Dirksen, la ley de 1968 requería normalmente que los litigantes pagasen los gastos de su propio abogado, un serio obstáculo para los negros de clase media que tenían más probabilidades de presentar una demanda. Pero si los demandantes ponían un pleito y lo ganaban, con la ley de 1866 podían obtener fácilmente los honorarios de su abogado de la parte demandada[49]. En consecuencia, la ley de 1866 se convirtió en «la principal instancia para forzar el cumplimiento de la ley durante la siguiente generación»[50] hasta el punto de que los grupos pro derechos civiles esperaron hasta 1978 antes de empezar a presionar al Congreso para que fortaleciera los poderes del HUD[51]. En cambio, apretaron más en el frente del empleo, donde solo una nueva legislación podía debilitar el compromiso de Dirksen[52].

---

[48] Véase John Herbers, «New Job Panel Tracks Down "Biased" Computer», *The New York Times*, 14 de diciembre de 1965, p. 46.

[49] Las derivaciones del HUD al Departamento de Justicia solo llevaron a la División de los Derechos Civiles a presentar tres pleitos durante el periodo que termina en abril de 1970. En 1973 estaba solamente actuando «a partir de unas veinte remisiones del HUD» durante todo el año. Véase United States Commission on Civil Rights, *Federal Civil Rights Enforcement Effort*, 1971, p. 142, y 1974, p. 129.

[50] Véase James Kushner, «The Fair Housing Amendment Act of 1988: The Second Generation of Fair Housing», *Maryland Law Review*, vol. 42, 1989, pp. 1049, 1080.

[51] Las primeras propuestas específicas para fortalecer las disposiciones relativas al cumplimiento del Título VIII las presentó ante el Congreso en 1976 la secretaria del HUD Carla Hills. «Equal Opportunity in Housing: Hearing Before the Subcommitte on Civil and Constitutional Rights of the House Committe on the Judiciary», 94th Congress, 30 de septiembre de 1976, pp. 116-117 (instando a que el HUD fuese autorizado a hacer cumplir la ley mediante acciones civiles). Fue solo en 1978 cuando los grupos pro derechos civiles empezaron a proponer cambios específicos al marco legal. Véase, por ejemplo, «Fair Housing Act: Hearing Before the Subcomm. on Civil and Constitutional Rights of the H. Comm. on the Judiciary», 95th Congress, 1978, p. 138 (declaración de Edward Holmgren, director ejecutivo del Comité Nacional contra la Discriminación en la Vivienda). Esto inauguró un esfuerzo de diez años que culminó en una revisión fundamental de la *Fair Housing Act* en 1988, que fortaleció la autoridad del HUD para hacer cumplir la ley. Véase J. Kushner, «The Fair Housing Amendment Act of 1988: The Second Generation of Fair Housing», cit.

[52] Al contrastar el desarrollo de las políticas de vivienda y empleo, sigo a Christopher Bonastia, cuyo *Knocking on the Door: The Federal Government's Attempt to Desegregate the Suburbs*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 2006 inauguró este enfoque comparativo. Pero yo llego a conclusiones diferentes. Según el punto de vista de Bonastia, el contraste muestra que una agencia

En vez de poner a punto la *Fair Housing Act*, la agenda legislativa durante los años de Nixon fue configurada por una dinámica muy diferente. La fuerza motriz de la misma fue el nuevo secretario del HUD George Romney, que declaró: «Hemos de terminar con la idea de desplazarse a zonas suburbanas y vivir solamente entre personas de la misma clase económica y social»[53]. Esto representaba una redefinición espectacular de lo que estaba en juego. Solo un año antes, Johnson y Mondale habían estado luchando para establecer el derecho de los negros a escapar del gueto si podían permitírselo. Ahora Romney pedía que los barrios residenciales abrieran sus puertas a ricos y pobres por igual.

El Congreso ya había dotado al HUD de los fondos necesarios para financiar un ambicioso programa destinado a subvencionar anualmente entre 250.000 y 350.0000 viviendas de renta baja o moderada. Bajo el liderazgo de Romney, la «Operación Avance» perseguía una política de «dispersión», que dirigía esta nueva construcción desde los guetos negros a los barrios residenciales blancos.

La iniciativa del HUD parecía al principio estar en sintonía con otras cuestiones más generales procedentes de la Casa Blanca. Daniel Moynihan, consejero intelectual de Nixon, mantuvo un redoble constante a favor de la «dispersión» y en noviembre de 1969 un grupo de trabajo presidencial especial respaldó una «fuerte política nacional» de «palo y zanahoria» para derivar las viviendas subvencionadas a las áreas suburbanas[54].

Las apariencias eran engañosas: Nixon se oponía personalmente a la opinión del grupo de trabajo sobre la integración económica. Sin embargo, la Casa Blanca no tomó ninguna iniciativa concreta para controlar al HUD[55]. Nombrando a Romney para su gabinete el presidente sabía muy bien lo que

---

especializada como la EEOC era más apropiada como sede organizacional del emprendimiento de políticas que una megaagencia multifuncional como el HUD.

Pero no me convence. Como mostrará la Tercera Parte, otras megaagencias consiguieron desempeñar un papel crucial en el desarrollo de la implementación de las políticas públicas. Concretamente el HEW [Department of Health, Education and Welfare] era una megaagencia como el HUD, pero esto no le impidió poner mucho empeño en acabar con la resistencia sureña a la segregación escolar. Al desarrollar sus análisis, Bonastia no reconoce el punto subrayado aquí: el papel de *Jones* de desviar las prioridades políticas de los grupos negros pro derechos civiles. Como sugieren las páginas siguientes, los errores políticos de George Romney como secretario del HUD fueron también extraordinariamente importantes para explicar el fracaso de la agencia a la hora de redefinir el significado de la vivienda justa, algo más importante, creo yo, que los defectos organizativos de la misma.

[53] Ch. M. Lamb, *Housing Segregation in Suburban America Since 1960: Presidential and Judicial Politics*, cit., p. 71; John Herbers, «Romney Making His Greatest Impact Outside Government by Challenging U.S. Institutions», *The New York Times*, 15 de mayo de 1969, p. 32.

[54] Véase Ch. M. Lamb, *Housing Segregation in Suburban America Since 1960: Presidential and Judicial Politics*, cit., pp. 63-68; D. Kotlowski, *Nixon's Civil Rights: Politics, Principle, Policy*, cit., p. 49.

[55] *Ibid.*, p. 56.

hacía: el muy progresista gobernador de Michigan había desafiado a Nixon para la nominación republicana desde la izquierda. El nombramiento de Romney formaba parte del intento presidencial de crear un gabinete ideológicamente equilibrado, que generase una política ecléctica atractiva para los diferentes componentes de su heterogénea coalición electoral: progresistas en cuestiones raciales del norte y conservadores raciales del sur. Estaba dispuesto a dar a cada miembro de su equipo mucha libertad de acción y a intervenir personalmente solo cuando una iniciativa particular amenazase con destruir su coalición, lo que le obligó a tomar decisiones difíciles.

El momento de la verdad de Romney se produjo cuando su iniciativa sobre la vivienda puso la directa en 1970. El secretario se presentó ante los comités del Congreso para proponer la *Open Communities Act*, que iba mucho más allá de la *Fair Housing Act* al autorizar una nueva ofensiva contra «las acciones legislativas o administrativas locales que discriminan a las viviendas de renta baja o moderada»[56]. Cuando el HUD se topaba con una «zonificación excluyente» o con técnicas restrictivas similares, la normativa desencadenaba un aluvión de pleitos públicos y privados para respaldar los esfuerzos de la agencia encaminados a derribar las barreras económicas en las áreas suburbanas[57].

Había solo un problema: Romney hizo su audaz propuesta unilateralmente, sin colaborar con los grupos pro derechos civiles o con los progresista de la Casa Blanca con el fin de preparar el terreno para una ofensiva política coordinada[58]. Cuando se vio ante un hecho consumado, el presidente actuó

---

[56] Al hacer campaña por la nueva legislación, Romney ponía de relieve que la ley de 1968 «no nos permite emprender acciones en caso de que las autoridades locales utilicen su competencia de zonificación para discriminar a las viviendas de renta baja o moderada», Hearing Before the S. Select Comm. on Equal Educational Opportunity, 91st *Congress*, 26 de agosto de 1970, pp. 2770-2771; véase también *ibid.*, pp. 2784-2786.

[57] Las Comunidades Abiertas habrían autorizado «a toda persona a la que se le negasen los beneficios» de una vivienda subvencionada por el HUD a presentar una demanda por la pérdida de tales beneficios; y también permitía al Departamento de Justicia acudir a los tribunales para abrir los barrios residenciales. Véase Ch. M. Lamb, *Housing Segregation in Suburban America Since 1960: Presidential and Judicial Politics*, cit., p. 83.

[58] D. Kotlowski, *Nixon's Civil Rights: Politics, Principle, Policy*, cit., p. 52. Si bien Nixon se oponía personalmente a la integración económica en las áreas suburbanas, también creía que era necesario «pasar por encima de los Demócratas respecto a los temas de la Gran Sociedad y adelantarse a ellos» para acabar con la «imagen pública de los Republicanos» como un «partido negativo» y con la «racista e irresponsable tacha heredada de la campaña de Goldwater», Richard Nixon, *RN: The Memoirs of Richard Nixon*, Nueva York, Simon and Schuster, 1978, pp. 267-268. Los consejeros de la Casa Blanca como Leonard Garment y Patrick Moynihan tuvieron a menudo éxito convenciendo a Nixon para que dejase a un lado sus reacciones personales y adoptarse posturas más progresistas como parte de su tentativa general de trascender el goldwaterismo. Véase D. Kotlowski, *Nixon's Civil Rights: Politics, Principle, Policy*, cit. Un ejemplo particularmente adecuado lo proporciona la discusión del capítulo 11 sobre la decisión de Nixon de respaldar la campaña contra la segregación escolar en los estados sureños. Nunca sabremos, por supuesto, si los consejeros progresistas podrían haberse salido con la suya en el caso de la vivienda; el secretismo de Romney no les permitió intentarlo.

con alarma, especialmente teniendo en cuenta que su secretario estaba provocando titulares embarazosos en un segundo frente. Como hemos visto, la *Fair Housing Act* contenía el mandato impreciso de que el HUD utilizase «de una manera afirmativa» su amplia panoplia de programas de subvención para promover los objetivos antidiscriminatorios de la ley, y el secretario estaba cumpliendo este mandato con una marcada contundencia.

Los medios de comunicación convirtieron un barrio blanco «puro» del estado natal de Romney en un caso ejemplar de su iniciativa. En el área suburbana de Detroit, en Warren, Michigan, vivían unas 179.000 personas y solo 132 de ellas eran negras. Cuando la ciudad se negó a aprobar una ordenanza sobre la vivienda justa y rechazó las viviendas subvencionadas como parte de su solicitud de dinero para la renovación urbana, el HUD amenazó con cortar todos los fondos. La polémica se acentuó en mayo, el mismo mes en que el secretario proponía al Congreso la cuestión de las comunidades abiertas. En una reunión muy publicitada con Ted Bates, alcalde de Warren, Romney rechazó sus quejas sobre el corte de la financiación: «Los negros tienen el mismo derecho que nosotros a la igualdad de oportunidades [...]. Lo que está realmente en juego aquí es la responsabilidad moral». Bates dejó Washington echando chispas y afirmando que su ciudad había sido elegida como «conejillo de indias para los experimentos sobre integración» y que había llegado la hora de que las áreas residenciales de Detroit combatieran esta integración forzada»[59]. Cuando Romney viajó a Warren para defender su postura en persona, su coche fue rodeado por manifestantes muy enojados. Tras varios meses de polarización del debate, el 57 por 100 de los votantes de la ciudad optó por rechazar el dinero para la renovación urbana antes que aceptar las condiciones del HUD[60].

Todo esto fue más que suficiente para provocar la intervención personal de Nixon y frenar las comunidades abiertas en el Congreso. Tras una serie de respuestas *ad hoc*, el presidente hizo una declaración en junio de 1971. En ella ponía de relieve la importancia de distinguir la segregación «racial» de la «económica»: «Es importante recordar [...] que los términos "pobre" y "negro" no son intercambiables. Un porcentaje mayor de negros que de blancos viven por debajo del umbral de la pobreza, pero hay muchos más blancos pobres en Estados Unidos que negros pobres [...]. Identificar "pobre" y "negro" no hace ningún favor a la verdad»[61].

---

[59] Ch. M. Lamb, *Housing Segregation in Suburban America Since 1960: Presidential and Judicial Politics*, cit., pp. 85-90.

[60] Para un buen relato sobre el asunto de Warren, véase David Riddle, «HUD and the Open Housing Controversy of 1970», *The Michigan Historical Review*, vol. 24, 1998, p. 1. Véase también D. Kotlowski, *Nixon's Civil Rights: Politics, Principle, Policy*, cit., p. 56; Ch. M. Lamb, *Housing Segregation in Suburban America Since 1960: Presidential and Judicial Politics*, cit., pp. 85-89.

[61] Véase Richard Nixon, «Statement About Federal Policies Relative to Equal Housing Opportunity», en https://bit.ly/2LNXYQL.

Este punto llevó a Nixon a insistir en una respuesta claramente dicotómica. Por un lado, se negaba a «imponer la integración económica a una determinada jurisdicción local». Por otro lado, «la discriminación racial en la vivienda no será tolerada». Respecto a la raza, decía que «la Constitución y las leyes son claras e inequívocas». De hecho, hacía una interpretación amplia de este compromiso nacional: «No toleraremos ningún uso de las medidas económicas como subterfugio de la discriminación racial. Cuando se cuestione dicha acción estudiaremos sus efectos. Si el efecto de la acción es excluir a los estadounidenses de la igualdad de oportunidades respecto a la vivienda por razón de su raza, religión u origen étnico, nos opondremos vigorosamente con los medios más adecuados, independientemente de los motivos que puedan haber encubierto el acto discriminatorio». Nixon está negando explícitamente que los motivos racistas fueran necesarios para llevar a cabo una acción decisiva. Al contrario: «Estudiaremos sus efectos […] independientemente de los motivos que puedan haber encubierto el acto discriminatorio».

Solo tres días más tarde, el Departamento de Justicia puso estas palabras en acción, tratando de invalidar una ordenanza de zonificación aprobada en el área de Black Jack, Missouri, que en la práctica impedía al 85 por 100 de los negros vivir en el área metropolitana de St. Louis[62].

Como esperaba Nixon, su declaración fue condenada tanto por la derecha como por la izquierda[63]. Tal y como garabateó en su libreta personal: «Saldremos perdiendo políticamente con esto, pero la ley y la justicia lo requieren»[64]. Para nuestros propósitos, no es necesario que abordemos los méritos de la postura de Nixon. Nuestra preocupación es saber si el presidente cuestionaba el estatuto fundamental de la *Fair Housing Act*.

La respuesta obvia es no. La declaración de Nixon estaba en perfecta sintonía con la del senador Mondale según la cual «el propósito básico de [la ley de 1968] es permitir a las personas que tienen la posibilidad de hacerlo que

---

[62] La posición del gobierno fue finalmente respaldada por una decisión del tribunal de apelación, que también desdibujaba la distinción entre propósito y efecto. Véase *United States v. City of Black Jack*, Missouri, 508 F. 2[nd], pp. 1179, 1186 (8th Cir. 1974), *cert. denied*, 422 U.S., 1975, p. 1042.

[63] Los conservadores discrepaban de la interpretación general de Nixon de la discriminación racial. Véase Ch. M. Lamb, *Housing Segregation in Suburban America Since 1960: Presidential and Judicial Politics*, cit., pp. 67-68. Al mismo tiempo, muchos grupos pro derechos civiles le condenaron por crear «distinciones artificiales» entre segregación económica y segregación racial, Paul Delaney, «Nixon criticized on Housing Policy», *The New York Times*, 14 de julio de 1971, p. 39. Sin embargo, el NAACP se negó a unirse a este coro, con Roy Wilkins y Stephen Spottswood dando al presidente su apoyo tácito. Véase Earl Caldwell, «NAACP Softens Anti-Nixon Stand» y «Wilkins Discerns Chance for Nixon», *The New York Times*, respectivamente, 6 y 10 de julio de 1971, p. 1 y p. 13.

[64] Ch. M. Lamb, *Housing Segregation in Suburban America Since 1960: Presidential and Judicial Politics*, cit., p. 141.

compren cualquier casa puesta a la venta *si pueden permitirse pagar su precio*» (el subrayado es mío)[65]. De modo parecido, la postura de Nixon presuponía la constitucionalidad de la intervención federal en el mercado inmobiliario privado; el cambio de actitud de Dirksen y la decisión del Tribunal Supremo en *Jones v. Mayer* habían despejado todas las dudas suscitadas por la interpretación convencional de la doctrina de la acción estatal.

Las personas políticamente progresistas, como yo mismo, lamentaremos el triunfo de Nixon sobre Romney, pero como constitucionalistas hemos de reconocer lo que sucedió, igual que los conservadores han de reconocer que las leyes-hito de la década de 1960 fueron mucho más allá de la Primera Reconstrucción en la definición de los modernos compromisos igualitarios de los estadounidenses.

Nuestra tarea común es interpretar el legado de la revolución de los derechos civiles, nada más y nada menos.

Tema y variaciones

Vivienda, empleo, voto, establecimientos públicos: hemos estado tratando un tema y sus variaciones. Empezamos en el punto en el que la campaña a favor de la ley-hito relevante adquirió una mayor velocidad en el Capitolio. Mientras los protagonistas políticos fraguaban una solución legal, afrontaban doctrinas constitucionales que limitaban enormemente su capacidad de expresar la creciente demanda popular de justicia racial. Estas doctrinas restrictivas –la de la acción de los estados es solo la más notable– tenían raíces profundas en la historia constitucional que se remontaban a la Primera Reconstrucción. Sin embargo, el liderazgo político se unió al movimiento pro derechos civiles para apartar estos obstáculos. En esfera tras esfera sus leyes-hito intervinieron decisivamente en áreas cruciales que habían estado constitucionalmente reservadas a los estados y a las empresas privadas.

Enfrentado a estos avances, el Tribunal Supremo podía haber utilizado sus precedentes establecidos para revocar estas redefiniciones revolucionarias del significado constitucional de la igualdad. En vez de ello, los jueces confirmaron estas leyes-hito de la Segunda Reconstrucción mediante un expediente doctrinal u otro. Medio siglo más tarde, los constitucionalistas más reflexivos siguen estudiando las complejidades legales resultantes con mucha seriedad.

Sin embargo, su continua fascinación por los detalles no debería hacerles olvidar el punto principal: al abordar las cuestiones del empleo,

---

[65] 114th *Congressional Record*, 20 de febrero de 1968, p. 3421.

la vivienda, los establecimientos públicos y el voto, eran el Presidente y el Congreso –no el Tribunal de Warren– quienes estaban reafirmando el liderazgo constitucional. Si bien el Tribunal había estado en primer plano durante la primera década después de *Brown v. Board of Education*, ahora eran el presidente y el Congreso quienes reclamaban un mandato del pueblo para un nuevo compromiso con la búsqueda de la justicia racial.

La Primera Parte de este libro argumentaba que esta reivindicación de un mandato popular para introducir un cambio fundamental estaba constitucionalmente justificada, y que era correcto que las instituciones políticas asumiesen el liderazgo durante la segunda década de *Brown*. Dado que el presidente y el Congreso estaban ahora en cabeza, esta parte sugiere que su visión estuvo profundamente determinada por la formulación que hacía *Brown* del problema constitucional. Como el Tribunal en *Brown*, sus leyes-hito adoptaron una aproximación esfera por esfera; como Warren en *Brown*, líderes como Johnson, King, Humphrey y Dirksen comprometieron repetidamente al pueblo estadounidense con la erradicación de la humillación institucionalizada, pese a las doctrinas constitucionales establecidas heredadas de la Reconstrucción original, que toleraban o afianzaban su perpetuación.

Este objetivo –por formidable que en ocasiones pueda haber parecido– fue solo un primer paso por el camino que llevaba a la Segunda Reconstrucción. Las leyes-hito elaboraron compromisos igualitarios más ambiciosos, cuyo contenido exacto variaba de esfera a esfera: trato igual en los establecimientos públicos, igualdad de oportunidades en el mercado inmobiliario, individualismo tecnocrático en el lugar de trabajo, derechos de los grupos minoritarios en el proceso electoral. Estas versiones por esferas de la igualdad no las impusieron al país unos cuantos políticos y burócratas de Washington DC. Al contrario, fueron objeto de un debate interminable en los hogares y en los puestos de trabajo mientras decenas de millones de personas seguían los discursos y las marchas transmitidas por televisión y explicadas en los periódicos, implicándose a veces ellas mismas en manifestaciones y contramanifestaciones. Es más, el sistema electoral dio a los estadounidenses normales y corrientes la posibilidad de decidir si respaldaban o rechazaban estas iniciativas. Si hubiesen votado en número suficiente a Barry Goldwater en 1964 o a George Wallace en 1968, estaríamos contando una historia muy diferente en la que las leyes-hito podrían muy bien haber sido revocadas en medio de una escalada de manifestaciones y contramanifestaciones violentas en las calles.

Pero en vez de ello, una mayoría amplia y sostenida respaldó sistemáticamente a los Humphrey y los Johnson, los Dirksen y los Nixon mientras negociaban las condiciones de un consenso constitucional bipartidista. Los juristas modernos tienen la grave responsabilidad de tomarse en serio estos

principios para adecuarse al duradero legado de la Segunda Reconstrucción. Merecen ocupar un lugar central en el canon profesional; de hecho, ni siquiera podemos apreciar completamente las grandes decisiones de los Tribunales presididos por Warren y por Burger sin ponerlas en el contexto más amplio proporcionado por estos ilustres actos de política constitucional.

Este es, al menos, el destino al que hemos llegado después de transitar por la senda marcado por la Primera y la Segunda parte de este libro. Si bien ello nos ha llevado bastante lejos, habrá muchas vueltas y revueltas en el camino antes de que podamos vislumbrar la forma del legado general que nos ha dejado la generación de los derechos civiles.

TERCERA PARTE
DILEMAS DEL LIDERAZGO JUDICIAL

XI
LA SUERTE DE *BROWN V. BOARD OF EDUCATION*

Durante toda una década, el Tribunal Supremo presidido por Earl Warren asumió toda la carga del liderazgo institucional. *Brown v. Board of Education* había perturbado los alineamientos partidistas establecidos y se necesitarían muchos esfuerzos políticos antes de que el Congreso, el presidente y el pueblo estadounidense estuviesen preparados para emitir un juicio final sobre las cuestiones de principio que el Tribunal había situado en la agenda constitucional. Durante todo este tiempo, los jueces estaban procediendo, con una velocidad deliberada, a gestionar las crisis y confiaban en que las *Civil Rights Act* de 1957 y 1960 fueran signos de que el impulso político generaría finalmente un avance decisivo.

La entrada en vigor de las leyes-hito transformó la situación básica del Tribunal. Su nuevo reto era participar constructivamente en un proyecto conjunto con las instituciones políticas y las agencias ejecutivas para cumplir los objetivos igualitarios definidos por el presidente y por el Congreso en nombre del pueblo estadounidense. Pero en determinadas cuestiones importantes, esta estrategia de coordinación no podía funcionar por la simple razón de que las leyes-hito no abordaban la totalidad de las grandes cuestiones constitucionales, lo cual dejó al Tribunal en una posición de liderazgo continuo sobre estos asuntos. La forma en que los jueces respondieron a los retos de esta segunda década ha conformado profundamente la interpretación legal convencional del legado de los derechos civiles. Esta parte del libro urge a efectuar una nueva reevaluación fundamental de la misma.

Abordaremos con la continua interacción del Tribunal Supremo en dos esferas, cada una de las cuales plantea dilemas diferentes a los jueces. La primera afectaba a la educación pública. Aquí, el liderazgo sistemático del Tribunal fue el resultado de la reivindicación política de *Brown v. Board of Education* por la *Civil Rights Act* de 1964. Si bien el presidente y el Congreso estaban haciendo a un lado los precedentes restrictivos del Tribunal Supremo en otras esferas, no había necesidad de hacer nada parecido respecto a *Brown*. En este área, el Tribunal no era parte del problema, sino de la solución. La cuestión clave era cómo obligar al Sur blanco

a respetar el imperio de la ley. Diez años después de *Brown v. Board of Education*, el 98 por 100 de los niños negros de los estados sureños todavía iba a escuelas segregadas. Para romper este punto muerto, la normativa proporcionaba a los jueces nuevas y poderosas herramientas para garantizar la aplicación de la norma, pero confiaba al Tribunal su continua interacción en el proceso de definir los objetivos constitucionales definitivos de la batalla de la desegregación.

El liderazgo del Tribunal Supremo lo generó una lógica institucional muy diferente en una segunda esfera: el matrimonio interracial (y otras formas de intimidad). El Tribunal no debía su preeminencia en esta área a las decisiones pioneras de la década de 1950 ni a las leyes-hito de la década de 1960. Al contrario: los jueces se negaron a revocar la prohibición del matrimonio interracial poco después de *Brown v. Board of Education* y lo mismo hicieron los políticos una década más tarde al forjar nuevos principios igualitarios sobre el empleo, la vivienda, los establecimientos públicos y el voto. Ya era bastante difícil para Demócratas y Republicanos ponerse de acuerdo en las leyes-hito sobre estas cuestiones tan polémicas sin añadir a la mezcla otro tema susceptible de provocar pasiones. Si alguien tenía que revocar la prohibición de los matrimonios interraciales era el Tribunal Supremo, que aprovechó (a regañadientes) la ocasión y finalmente declaró inconstitucional esta normativa legal en *Loving v. Virginia* en 1967. *Loving v. Virgina* es un caso paradigmático sobre el *liderazgo judicial por defecto* a diferencia del *liderazgo por consenso popular*, que impulsó al Tribunal a implicarse en la cuestión de las escuelas públicas hasta los últimos años de Nixon.

Pese a su carácter de alternativa por defecto, *Loving v. Virgina* demostraría tener una gran importancia. No solo permitió a las parejas interraciales escapar de las humillaciones institucionalazadas del pasado, sino que también constituyó un destacado precedente en la actual campaña en pro del matrimonio gay. Como veremos, ofrece un buen indicador para valorar la reciente decisión del Tribunal Supremo de revocar la *Defense of Marriage Act*.

Yendo más allá de sus implicaciones revolucionarias en la esfera de las relaciones íntimas, *Loving v. Virgina* también ha ocupado un lugar central en el canon de los derechos civiles. Cuando los juristas actuales tratan de entender el legado de los derechos civiles, su punto de partida es el marco doctrinal articulado por vez primera en *Loving v. Virgina* y en los casos similares que siguieron al mismo. Este marco legalista representa un gran desplazamiento respecto a los principios de antihumillación establecidos en casos como *Brown v. Board of Education* y *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, y también respecto a los compromisos igualitarios más generales representados por las leyes hito. Yo sostengo que la centralidad creciente del legalismo de *Loving v. Virgina* traiciona los compromisos más generales de

la Segunda Reconstrucción respecto a la igualdad en el mundo real, cuyos compromisos resumiré en el capítulo 14.

Recorreremos un camino sinuoso antes de llegar a nuestro destino. Nuestra primera tarea es seguir al Tribunal en sus intentos de cumplir la promesa de *Brown v. Board of Education* en la vida diaria de los escolares de toda la nación. Si bien la *Civil Rights Act* dejó a los jueces la definición de los objetivos últimos de la empresa, las nuevas herramientas proporcionadas por la ley remodelaron la forma en que el Tribunal ejercía esta prerrogativa. Simplemente, las nuevas herramientas que tenían los jueces para hacer cumplir la ley requerían la cooperación de la presidencia. Dijera lo que dijera el Tribunal acerca de la Constitución tendría que resultarle persuasivo a Lyndon B. Johnson, a Richard Nixon y a los funcionarios gubernamentales encargados de las agencias ejecutivas correspondientes; en caso contrario podrían sabotear fácilmente las interpretaciones que hiciese el Tribunal de las exigencias constitucionales.

Este capítulo se centra en la dinámica resultante entre el poder ejecutivo y el poder judicial en la lucha en torno a la segregación en los estados sureños, que finalmente llevó a un renuente Richard Nixon a conceder su decisivo apoyo a la campaña del Tribunal Supremo contra el régimen de Jim Crow. Cuando el Watergate obligó a Nixon a dimitir, estas decisiones ejecutivas habían transformado a la vieja Confederación en la región más integrada del país.

La campaña del Tribunal en el norte del país para conseguir la abolición de la segregación tuvo un final muy diferente. Cuando la orden de los tribunales que imponía el traslado de escolares en autobús a colegios fuera de su zona para favorecer la integración racial (*busing*) llegó a los estados septentrionales, provocó una masiva contramovilización blanca. Este movimiento de los grupos militantes llevó a Nixon y al Congreso al borde de un asalto frontal a la independencia judicial. A medida que las instituciones políticas se preparaban para enfrentarse al Tribunal, la confrontación empezó a parecerse a la de la gran crisis de 1937, pero con una valencia política diferente. Durante el *New Deal*, los progresistas en la presidencia y en el Congreso habían amenazado con destruir la independencia judicial de un Tribunal conservador; esta vez, los conservadores en la presidencia y en el Congreso estaban amenazando la independencia de un Tribunal progresista.

Este giro político es una diferencia importante, pero no debe cegarnos ante una semejanza fundamental: del mismo modo que el viejo Tribunal Supremo respondió a las amenazas de Roosevelt con un «cambio a tiempo» que desvió el ataque progresista, el Tribunal presidido por Burger obtuvo la misma ventaja a largo plazo efectuando un cambio a tiempo similar en

Milliken v. Bradley en 1974. Al restringir su ambicioso intento de integrar a las áreas suburbanas del norte, el Tribunal desvió una vez más la campaña política encaminada a eliminar la independencia judicial.

Al mismo tiempo, el repliegue del Tribunal representó el final definitivo de la era de la política constitucional que había iniciado en 1954. El mandato popular de *Brown v. Board of Education*, tan vívidamente demostrado por la *Civil Rights Act* de 1964, ya era cosa del pasado. Nosotros, el Pueblo había retrocedido hasta nuestra condición más normal, con los ciudadanos comunes situados a un lado, mientras que los activistas progresistas y conservadores se esforzaban en expandir o contraer el legado de la Segunda Reconstrucción.

Dividiré este drama de alto riesgo en dos partes. Este capítulo considera cómo la *Civil Rights Act* permitió a los jueces en última instancia reivindicar *Brown v. Board of Education* en el Sur. El capítulo 12 sigue al Tribunal en su camino hacia el norte y explora las fuentes –algunas autoinfligidas– de su repliegue en *Milliken v. Bradley*, y la importancia constitucional de su cambio a tiempo posterior. Pasamos luego a analizar la dinámica muy diferente, que rige la redefinición que hace el Tribunal Supremo del matrimonio interracial.

Fortalecer a los tribunales

Durante su primera década, *Brown v. Board of Education* apenas sobrevivía, con el Sur blanco resistiendo con éxito los intentos federales de abolir la segregación. En 1964, solamente el 2 por 100 de los estudiantes negros asistían a escuelas blancas en la vieja Confederación[1].

Aún peor, los tribunales inferiores habían diluido *Brown v. Board of Education* en sus desesperados intentos de avanzar con una «velocidad deliberada». La formulación de *Briggs v. Elliot* fue muy influyente: «No hay nada […] en la decisión del Tribunal Supremo que prive a nadie de la libertad de elegir escuela. En otras palabras, la Constitución no exige la integración, simplemente prohíbe la discriminación»[2]. De acuerdo con este planteamiento, *Brown v. Board of Education* solo daba a los padres negros el derecho a enviar a sus hijos a escuelas blancas; no protegía a los niños negros de la humillación de la escolarización separada si sus padres sucumbían a la intimidación blanca y dejaban de ejercer este derecho.

---

[1] U.S. Commission on Civil Rights, *Survey of School Desegregation in the Southern and Border States 1965-66*, Washington DC, febrero de 1966, pp. 1-2.
[2] *Briggs v. Elliot*, p. 132 F. Supp, pp. 776, 777 (D.S.C. 1955).

Se necesitó mucho tiempo para que el Tribunal Supremo presidido por Warren revocase *Briggs*. Mientras los estados sureños eran barridos por una oleada de resistencia masiva a finales de la década de 1950, los jueces del Tribunal se movían en dirección contraria, aprobando sumariamente las decisiones de los tribunales inferiores, que contemplaban la integración simbólica[3]. El único dictamen formal del Tribunal lo provocó la crisis de Little Rock, cuando, como es sabido, los jueces reafirmaron su «supremacía» constitucional sobre las instituciones rivales[4]. Pero este dictamen simplemente puso de relieve la necesidad que tenían otros de doblar la cerviz en conformidad; no desarrollaba la visión constitucional de *Brown v. Board of Education*.

El énfasis en la conformidad era perfectamente sensato, dado que el Tribunal no podía darla por descontada. Poco antes de Little Rock, el presidente Eisenhower dijo a los periodistas: «No puedo imaginarme ningún conjunto de circunstancias que puedan inducirme a enviar a las tropas federales […] a ningún lugar para hacer cumplir las órdenes de un tribunal federal»[5]. Pero en el momento de la verdad constitucional, como se sabe, Eisenhower envió la 101ª División Aerotransportada a Little Rock y salvó a *Brown v. Board of Education* de la destrucción. Si bien Eisenhower estableció una frágil sensación de supremacía federal en Arkansas, su intervención provocó recuerdos de la Reconstrucción militar en todo el Sur, incrementando aún más la resistencia blanca[6]. Efectivamente, en 1964 el Tribunal expresó públicamente su insatisfacción con la «velocidad deliberada» y pidió una actitud más expeditiva (sin comprometerse él mismo a un plazo determinado)[7].

En este contexto no resulta sorprendente que la *Civil Rights Act* se centrase también en la implementación, iniciando una acción decisiva para permitir que los tribunales superasen un punto muerto, que duraba desde hacía una larga década[8]. Hasta ese momento, el Fondo de Defensa

---

[3] Véase *Shuttleworth v. Birmingham Board of Education*, 358 U.S., 1958, p. 401.

[4] *Cooper v. Aaron*, 358 U.S., 1958, pp. 1, 18.

[5] Véase M. Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*, cit., p. 326.

[6] *Ibid*., pp. 399-403.

[7] Véase *Griffin v. County School Board*, 377 U.S., 1964, pp. 218, 234.

[8] En la medida en que la judicatura estaba implicada, la ley afirma que «nada de lo que se dice aquí podrá […] ampliar el poder existente del tribunal para garantizar el cumplimiento de los estándares constitucionales» y se negaba particularmente a respaldar el *busing*, esto es, el traslado de escolares en autobús a colegios fuera de su zona para favorecer la integración, «para conseguir el equilibrio racial», véase 407(a) (2), 78 Stat., 1964, p. 241; véase también 401(c). Pero como pondría de relieve con razón el juez Burger: «Estas disposiciones estaban pensadas para impedir cualquier interpretación de la ley como una ampliación de los poderes *existentes* de los tribunales federales […]. No hay ninguna intención de limitar dichos poderes ni de retirar a los tribunales sus históricos poderes de reparación equitativa». Véase *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Educ*ation, 402 U.S., 1971, pp. 1, 17-18.

Legal de la NAACP llevaba el peso de los litigios en el Sur, dado que el Departamento de Justicia carecía de autoridad legal para presentar sus propias demandas. Teniendo en cuenta la limitación de sus recursos, el Fondo de Defensa Legal se concentró en quinientos distritos escolares en áreas urbanas muy pobladas, que permitían a las dos mil juntas escolares rurales de la región pretendían que *Brown v. Board of Education* no había tenido lugar. Al autorizar al Departamento de Justicia a presentar sus propias demandas y a intervenir en las presentadas por otros, la ley aumentaba sustancialmente la capacidad del tribunal para transformar *Brown v. Board of Education* en una realidad viva[9].

Especialmente cuando la perspectiva de una demanda federal iba acompañada de nuevas sanciones económicas impuestas por el Departamento de Salud, Educación y Bienestar. La clave aquí era el Título VI de la *Civil Rights Act*, que autorizaba a las agencias ejecutivas a recortar los fondos federales de «cualquier programa o actividad» que practicase la discriminación. Hubert Humphrey trataba el Título VI como si no fuera en absoluto polémico: «Si alguien puede estar en contra [del Título VI] también puede estar en contra del Día de la Madre. ¿Cómo puede alguien justificar la discriminación en el uso de los fondos federales?»[10].

Y, sin embargo, el Título VI representaba en realidad un gran cambio[11]. Durante la década anterior, el congresista de Harlem Adam Clayton Powell Jr. había librado una larga e infructuosa batalla para vincular los requisitos antidiscriminación a la financiación de programas. Dado que los Republicanos se oponían a muchas de estas medidas de gasto, solo podían aprobarlas con los votos de los Demócratas sureños, que condicionaban su apoyo a la derrota de los requisitos antidiscriminación. En consecuencia, incluso iconos progresistas como Eleanor Roosevelt y Adlai Stevenson se negaron a apoyar la iniciativa de Powell[12]. Su victoria en 1964 tuvo implicaciones espectaculares para la abolición de la segregación, especialmente cuando los progresistas presentaron unos meses más tarde la *Elementary and Secondary Education Act*. Esta ley duplicó la financiación a la educación federal en un solo año, que pasó de 1 millardo a 2,1 millardos de dólares en 1965[13].

---

[9] Véase § 407, que da al juez el derecho a iniciar un litigio, y § 902, que se lo da para intervenir en otros pleitos.
[10] Gary Orfield, *The Reconstruction of Southern Education: The Schools and the 1964 Civil Rights Act*, Nueva York, John Wiley & Sons, 1969, p. 41.
[11] Véase David Brady y Barbara Sinclair, «Building Majorities for Policy Changes in the House of Representatives», *Journal of Politics*, vol. 6, núm. 11, 1984, p. 1033.
[12] Véase Dean Kotlowski, «With All Deliberate Delay: Kennedy, Johnson and School Desegregation», *Journal of Policy History*, vol. 17, 2005, pp. 155, 167.
[13] Véase U.S. Department of Health, Education, and Welfare, *Projections of Educational Statistics to 1975-1976*, Washington DC, 1966, p. 58 (cuadro).

Esta gran inyección de fondos era especialmente atractiva en el Sur, la zona más pobre de la nación. Pero todo este dinero podía retirarse en virtud del Título VI si las juntas escolares no podían satisfacer las demandas antidiscriminación del Departmento de Salud, Educación y Bienestar (Department of Health, Education, and Welfare, HEW)[14]. Aún peor, eliminar esa financiación podía desencadenar una atención especial del Departamento de Justicia, que podía ahora entablar una demanda por propia iniciativa. Las sanciones legales se combinaban para cambiar radicalmente el cálculo de la conformidad: ¿por qué no conseguir todo ese dinero y evitar un litigio costoso, prometiendo al HEW dar unos cuantos pasos simbólicos en la dirección indicada por *Brown v. Board of Education*?

La arrolladora victoria de Lyndon B. Johnson sobre Barry Goldwater sirvió como mandato popular para una acción decisiva de la burocracia[15]. Francis Keppel, comisionado de educación, transformó su agencia en una poderosa máquina para hacer respetar la ley. Reclutó un nuevo equipo dirigido por David Seeley, recién graduado en la Yale Law School, para hacer efectivas las instrucciones del Título VI.

El reloj seguía avanzando y Seeley solo disponía de unas semanas para explicar a las escuelas sureñas cómo cumplir la ley y conseguir el dinero federal antes de que empezase el nuevo año escolar. Tras mucho caos y confusión, su diminuto equipo presentó las directrices iniciales estableciendo unos objetivos relativamente modestos. Los distritos deberían abolir la segregación al menos en cuatro grados escolares mediante planes de libertad de elección y eliminar inmediatamente todas las rutas de autobús segregadas[16]. Aunque las juntas escolares cumpliesen esto, el resultado predecible de la libertad de elección sería una integración simbólica, dado que requería que los padres negros hiciesen frente a la hostilidad blanca y llevasen a cabo una acción afirmativa para enviar a sus hijos a las escuelas de los blancos. De todos modos, las directrices representaron un avance.

Dos mil juntas escolares sureñas no habían sometido nunca planes de abolición de la segregación de ningún tipo a nadie. Incluso el cumplimiento simbólico señalaba el final de la era de la resistencia masiva. El HEW también proporcionaba a las juntas escolares una inestimable protección política si decidían dar un paso al frente. Podían desviar la indignación

---

[14] Véase G. W. Foster Jr., «Title VI: Southern Education Faces the Facts», *Saturday Review*, pp. 60, 76 (cuadro), 20 de marzo de 1965.

[15] Para un relato detallado del desarrollo de la política del HEW entre 1964 y 1966, véase Stephen Bailey y Edith Mosher, *ESEA: The Office of Education Administers a Law*, Syracuse (NY), Syracuse University Press,1968.

[16] La Office of Education permitió a algunas juntas escolares, que se enfrentaban a una fuerte resistencia local, abrir solo dos grados de «libertad de elección» como primer paso hacia el pleno cumplimiento de la ley, 45 CFR § 181.5 268 (CFR 1966 Supp.).

de los blancos explicándoles que la integración simbólica era un pequeño precio a pagar a cambio de obtener enormes recursos financieros.

La estrategia demostró ser un gran éxito. Tras meses de difíciles negociaciones, tan solo cincuenta distritos escolares se mantenían en una posición desafiante[17]. Este logro burocrático fue especialmente notable, dado que el presidente no firmó personalmente las directrices. Esto daba a Johnson cierto margen de maniobra si la iniciativa del HEW generaba un exceso de controversia política[18]. Pero también redujo las directrices a unas declaraciones políticas normales y corrientes, ya que el Título VI requería la aprobación presidencial explícita antes de poder considerarse legalmente vinculante.

Pese a estas ambigüedades legales y políticas, el HEW de Johnson se mantuvo firme en sus directrices frente a la escalada de protestas en el Sur. En unos meses, la amenaza del HEW de cortar la financiación permitió hacer más progresos que los conseguidos por la judicatura durante los últimos diez años, triplicando el porcentaje de negros que asistían a escuelas de mayoría blanca desde el 2 al 6 por 100 entre 1964 y 1965[19].

Los progresos del HEW también generaron un círculo virtuoso. Cuando los distritos pasaron de la rebeldía a la docilidad (a regañadientes), se sintieron obligados a recibir las crecientes demandas de la agencia. Muchos distritos no mostraron mucho progreso cuando abrieron las escuelas en 1965. En respuesta a ello, la Office of Education elevó la apuesta: si el 8 por 100 de los negros de un distrito había asistido a escuelas mayoritariamente blancas, se requeriría el 16 por 100 para el año siguiente; si había sido el 4 por 100, se requeriría el 12 por 100; si estaba próxima a cero, se requeriría «un arranque muy sustancial»[20].

En ese momento, el gobierno por los números ya no era una novedad; la *Voting Rights Act* estaba ya en vigor y la Equal Employment Opportunities Commission estaba empezando a exigir números a las empresas privadas. Pero las nuevas directrices del HEW provocaron una fuerte oposición. Una cosa era que las juntas escolares dieran muestras de conformidad y otra muy distinta que los agentes federales midiesen los progresos reales mediante cuantificaciones ineludibles realizadas presencialmente. Pese a

---

[17] G. Orfield, *The Reconstruction of Southern Education: The Schools and the 1964 Civil Rights Act*, cit., p. 111.

[18] *Ibid.*, pp. 97-98. Véase D. Kotlowski, «With All Deliberate Delay: Kennedy, Johnson and School Desegregation», cit., pp. 171-173. El presidente no llegó a firmar versiones más estrictas de las directrices preparadas en años posteriores, *ibid.*, p. 175.

[19] El porcentaje exacto fue polémico. El HEW afirmaba que era del 7,5 por 100 y los grupos pro derechos civiles decían que era del 5 por 100. En cualquier caso, estas cifras triplicaban el porcentaje del año anterior. Véase Civil Rights Commission, *Survey of School Desegregation in the Southern and Border States*, Washington DC, 1966, pp. 26-28.

[20] G. Orfield, *The Reconstruction of Southern Education: The Schools and the 1964 Civil Rights Act*, cit., p. 146. Véase 45 CFR § 181.54, 1967, pp. 407-408.

la oleada de protestas, las directrices revisadas funcionaron: la asistencia de alumnos negros a las escuelas blancas sureñas pasó del 6 al 14 por 100 entre 1965 y 1967[21].

Pero no sin que se produjese una reacción política. Los políticos sureños denunciaron al nuevo comisionado de educación, Harold Howe, en términos incendiarios y un congresista de Carolina del Norte, L. H. Fountain, trató de paralizar los poderes de financiación del HEW exigiendo unas detalladas auditorías administrativas. Fountain ligó su enmienda al proyecto de ley de financiación de la educación en la Cámara, pero su maniobra resultó contraproducente: la versión final de la ley confirmaba explícitamente los poderes de cortar la financiación de la agencia[22]. El HEW mantuvo el apoyo del Congreso y sus continuos esfuerzos resultaron rentables: los índices de integración de los alumnos negros pasaron del 14 por 100 al 1967 al 23 por 100 en 1968[23]. La intensificación del impulso llevó a la agencia a incrementar los requisitos una vez más, revisando las directrices para exigir la *completa* abolición de la segregación antes de 1969. Pero la suerte de este nuevo requisito estaba en manos del siguiente presidente: ¿continuaría respaldando a la agencia con la misma determinación que el gobierno de Johnson?

La reafirmación del liderazgo judicial

Antes de que Richard Nixon tuviese la oportunidad de abordar esta cuestión, los tribunales reafirmaron su liderazgo constitucional. Las juntas escolares lanzaron una serie de desafíos al gobierno por los números y el Tribunal de Apelación federal del Sur profundo respondió con su dictamen de 1967 en *United States v. Jefferson County*. Escrito en nombre de todo el Quinto Circuito, el dictamen del juez John Minor Wisdom ofreció una redefinición histórica de la empresa lanzada por *Brown v. Board of Education*. Preparó el terreno, a su vez, para el intento por parte del Tribunal Supremo de definir las cuestiones clave, cuando el país hacía frente a las elecciones de 1968.

---

[21] Véase Gary Orfield y Chungmei Lee, *Historic Reversals, Accelerating Resegregation, and the Need for New Integration Strategies*, Los Ángeles, UCLA Civil Rights Project, 2007, p. 23. U.S. Commission on Civil Rights, *Southern School Desegregation*, Washington DC, 1967, p. 101 (doc. Nº. ED 028 876) proporciona estadísticas comparables y calcula un incremento del 6-7,5 por 100 en 1965, que alcanza el 12,5 por 100 en 1966.
[22] G. Orfield, *The Reconstruction of Southern Education: The Schools and the 1964 Civil Rights Act*, cit., pp. 274-304.
[23] G. Orfield y Ch. Lee, *Historic Reversals, Accelerating Resegregation, and the Need for New Integration Strategies*, cit., p. 23.

United States v. Jefferson County Board of Education

El dictamen de Wisdom cuestionaba las premisas del liderazgo judicial, que habían motivado la campaña por la abolición de la segregación iniciada en 1954[24]. Declaraba que «los tribunales han fracasado actuando solos» (lo decía en cursiva para que a nadie se le escapase este punto)[25]. Pero la *Civil Rights Act* había salvado a *Brown v. Board of Education* «uniendo al Congreso, al poder ejecutivo y al judicial» en un esfuerzo conjunto.

En opinión de Wisdom, el Congreso había llevado a cabo una revolución constitucional con su creación de «una alternativa a la abolición de la segregación supervisada por los tribunales»[26]. El Título VI convertía a las agencias administrativas en instrumentos efectivos para la supervisión y el cumplimiento de la abolición de la segregación en las escuelas públicas».[27] Se negaba a tratar las directrices del HEW como «pronunciamientos normales de la agencia», aunque este era precisamente su estatus a tenor de la normativa administrativa[28]. Les concedía en cambio un estatus casi constitucional, insistiendo en que «nuestros estándares no han de ser inferiores a los del HEW». Después de todo, habían sido «preparadas por expertos en educación y en administración escolar y […] eran consideradas por el Congreso y por el ejecutivo como parte de un programa nacional coordinado»[29].

United States v. Jefferson County anunció una nueva síntesis entre la pericia administrativa del *New Deal* y los ideales igualitarios de la revolución de los derechos civiles. Solo esta síntesis entre el *New Deal*-Derechos Civiles, insistía Wisdom, podía salvar del fracaso a *Brown v. Board of Education*. Por supuesto, advertía que «el porcentaje al que se refieren las directrices de la agencia y la sentencia de este Tribunal son simplemente una regla general aproximada»[30]. Estas advertencias no han de ocultar el categórico refrendo del Tribunal al gobierno por los números.

Wisdom prosiguió su análisis más allá de la tecnocracia, abordando los valores constitucionales últimos. Negó que *Brown v. Board of Education* requiriese meramente a las juntas escolares que ofreciesen libertad de elección. Aunque «el daño infligido individualmente a los niños negros» era muy real, había algo

---

[24] *United States v. Jefferson County Board of Education*, 372 F.2d 836 (29 de diciembre de 1966); ratificado con pocos cambios en 380 F.2d 385, 1967.
[25] *Ibid.*, p. 847.
[26] *Ibid.*, p. 849.
[27] Wisdom cita por extenso el panegírico del *New Deal* a la agencia administrativa de Harlan Fiske Stone, «The Common Law in the United States», *Harvard Law Review*, vol. 50, 1936, p. 1. Véase *United States v. Jefferson County Board of Education*, pp. 857-858.
[28] *Ibid.*, p. 858.
[29] *Ibid.*, p. 859.
[30] Cito aquí a partir del dictamen *in banco* [de la totalidad de sus magistrados] del Tribunal, y no del dictamen original de Wisdom, véase 380 F.2d, 1967, pp. 385, 390.

de mayor importancia: «La segregación escolar era un elemento integral en el programa general de los estados sureños para restringir a los negros como clase su participación en la vida de la comunidad, en los asuntos del Estado y en la forma de vida estadounidense en general: *los negros tienen que mantenerse en su lugar*» (Esta vez la cursiva es mía, no del tribunal)[31].

Wisdom no solo va más allá de la «libertad de elección». Va más allá del principio de la antihumillación establecido por Warren en 1954. En aquella época, bastaba que *Brown v. Board of Education* condenase los «sentimientos de inferioridad» impuestos a los niños negros sin necesidad de demostrar el papel que tenían en un «programa general», que «restringía a los negros como clase […] de participar en la forma de vida estadounidense en general». Adoptando un enfoque esfera por esfera, Warren podía revocar la escolarización segregada sin invalidar *Plessy v. Ferguson* respecto al transporte o respecto a decisiones segregacionistas similares existentes en otras áreas.

Ahora que las leyes-hito y las decisiones judiciales habían cambiado radicalmente la ley en una serie cada vez mayor de esferas, Wisdom estaba en condiciones de poner de relieve el impacto acumulativo, que tenían las ahora ilegales formas de humillación practicadas en todo el Sur. *United States v. Jefferson County* sirve como una gran declaración del principio de antisubordinación, que condena los intentos sistemáticos de mantener a uno u otro grupo «en su lugar» no solo *a través* de las esferas y no solo *en el seno* de cada una de las esferas[32].

El dictamen es, por lo tanto, doblemente revolucionario en cuanto que rechaza la afirmación de *Brown v. Board of Education* del liderazgo judicial y del principio de antihumillación de Warren para celebrar el ascenso del constitucionalismo coordinado y el triunfo del principio de antisubordinación.

¿Estarían de acuerdo los jueces del Tribunal Supremo?

Green v. County School Board of New Kent County versus *Brown v. Board of Education*

Con la nación todavía tambaleándose después del asesinato de Martin Luther King Jr. en abril, el Tribunal anunció su decisión en *Green v. County School Board of New Kent County* el 27 de mayo de 1968[33]. Si hubo un momento para reflexionar profundamente sobre la revolución de los derechos civiles, fue este. El presidente acababa de impulsar la *Fair Housing Act* en el Congreso, con Everett Dirksen anunciando una nueva interpretación de la

---

[31] *United States v. Jefferson County Board of Education*, p. 866.
[32] Presento de una forma más elaborada las discusiones relativas al principio de antisubordinación y su relación con la antihumillación en los capítulos 7 y 14.
[33] *Green v. County School Board*, 391 U.S., 1968, p. 430.

Decimocuarta Enmienda, mientras los jueces del Tribunal Supremo estaban trabajando en *Jones v. Alfred H. Mayer Co*. y su revolucionaria reinterpretación de la Decimotercera. Sin embargo, *Green v. County School Board* no estuvo a la altura de tan elevadas expectativas: el dictamen del juez Brennan no tiene nada que ver con el intento del juez Wisdom en *United States v. Jefferson County* de reexaminar el lugar de *Brown v. Board of Education* en el orden constitucional emergente inaugurado por las leyes-hito.

Esta flagrante omisión no fue accidental. Los archivos revelan que Brennan abordó efectivamente temas fundamentales en los primeros borradores y que su visión de *Brown v. Board of Education* obtuvo el apoyo de seis magistrados. Cuando Black, Harlan y White se negaron a seguirle, Brennan adoptó una posición más negociadora, abandonando su discusión de los principios fundamentales para que los tres discrepantes pudieran unirse a un dictamen unánime, que eludía las grandes cuestiones.

Para apreciar lo que estaba en juego en *Green v. County School Board*, empezaremos recordando determinados hechos básicos. Como la mayor parte del Sur rural, el condado de New Kent, en Virginia, no había hecho nada para cumplir con *Brown v. Board of Education* hasta 1965. Solo entonces, según explicaba Brennan, el condado presentó un plan sobre la libre elección «para reunir los requisitos que le permitiesen recibir ayuda financiera federal»[34].

En el condado solo había dos escuelas, una para los blancos y otra para los negros. Gracias a las directrices del HEW, el número de negros que fueron a la escuela de los blancos pasó de treinta y cinco en 1965 a ciento once en 1966 y a ciento quince en 1967. Pero el 85 por 100 de los estudiantes negros del condado siguieron yendo a la escuela de los negros, ya que ningún padre blanco ejerció su «libertad de elección» para enviar a sus hijos a ella. ¿Era lo bastante buena la solución?

Los primeros borradores de Brennan partían de principios fundamentales. Reconocían que los tribunales inferiores habían aprobado la libertad de elección en los intentos más tempranos de apartar al Sur del «patrón largamente establecido» de segregación estricta. Durante esta fase, «el objeto principal fue obtener para aquellos niños negros lo suficientemente valientes como para romper con la tradición de un lugar en las escuelas "de los blancos"». Pero ahora que el HEW había hecho posible un gran paso adelante, Brennan restablecía la lógica original de *Brown v. Board of Education*: «Separar [a unos escolares] de otros de similar edad y cualificaciones exclusivamente en virtud de su raza genera un sentimiento de inferioridad respecto a su estatus en la comunidad que puede afectar a su autoestima de una forma difícilmente recuperable».

---

[34] *Ibid.*, p. 431.

Dada esta enfática reafirmación de la lógica que había animado *Brown v. Board of Education*, el remedio de Brennan tenía mucho sentido. El condado de New Kent tenía que «transformarse rápidamente en un sistema sin una escuela "blanca" y una escuela "negra" para lograr ser simplemente un sistema con escuelas». Solo de este modo existía la posibilidad realista de acabar con la humillación institucionalizada: «En la medida en que la identidad racial arraigada [...] por años de discriminación permanezca en el sistema, el estigma de la inferioridad también formará parte del mismo»[35].

Al adoptar esta línea, Brennan estaba transitando por una senda trillada: a diferencia del juez Wisdom no estaba instando a sus colegas a ir más allá de la lógica original de Warren y a adoptar la doctrina de la antisubordinación, sino comprometiendo de nuevo al Tribunal con el principio de la antihumillación recogida en *Brown v. Board of Education* y este objetivo relativamente modesto contribuye a explicar por qué obtuvo el apoyo de Douglas, Fortas, Marshall y Stewart.

Pero Harlan y White se negaron a secundarles a menos que Brennan dejase «las nociones de estigma "implícitas" en el dictamen». Temían que la reafirmación explícita de la lógica original de *Brown v. Board of Education* inflamaría todavía más la resistencia del Sur. Black fue aún más lejos, amenazando con redactar un voto particular que rechazaría cualquier mención a la noción de estigma e insistiría en que la libertad de elección era suficiente para satisfacer el mandato de *Brown v. Board of Education*[36].

Aunque Warren «se oponía firmemente a que nadie se tomase a la ligera las decisiones de *Brown v. Board of Education*»[37] aceptó sin decir nada la elección pragmática de Brennan de eliminar su discusión de la «autoestima» para alcanzar el bien mayor de la unanimidad judicial[38].

El pragmatismo de Brennan le salió caro. No solo eliminó todas las referencias a la lógica original de *Brown v. Board of Education*, sino que no puso absolutamente nada en su lugar. El resultado fue un dictamen formulista,

---

[35] Todas las citas proceden del borrador no publicado del dictamen del juez Brennan en *Green v. County School Board*, pp. 5-7 (distribuido el 16 de mayo de 1968), Brennan Papers, Box 1: 174, Library of Congress. Brennan también utilizó el tema de la antihumillación en un caso parecido, *Monroe v. Board of Comm'rs of City of Jackson*: «Solo desmantelando el sistema dual para purgar la identidad racial arraigada en el sistema por años de discriminación, *puede el estigma de inferioridad que sirve para negarle al niño negro la oportunidad de recibir una educación igual, ser efectivamente eliminado*» (la cursiva es mía), p. 7, 16 de mayo de 1968, (Box 1: 175).

[36] Mi relato sigue el memorándum presentado por los ayudantes de Brennan, Francis M. Gregory y Raymond C. Fisher, como parte de sus «Case Histories, October Term 1967», Brennan Papers, pp. xxix Box II: 6, Folder 10, Library of Congress.

[37] B. Schwartz, *Super Chief, Earl Warren and His Supreme Court: A Judicial Biography*, cit., pp. 704-705; F. M. Gregory y R. C. Fisher, «Case Histories, October Term 1967», cit., p. xxx.

[38] Black solo exigió que se hicieran unas cuantas modificaciones verbales poco importantes a cambio de firmar y Brennan comentó que «han dejado el dictamen prácticamente igual», F. M. Gregory y R. C. Fisher, «Case Histories, October Term 1967», cit., p. xxx.

que sustituía una discusión de valores fundamentales por el lenguaje de la orden imperial: el Tribunal simplemente exigía que el condado de New Kent presentase «un plan que prometa trabajar de forma realista y que prometa de forma igualmente realista trabajar *ahora*» (en cursiva en el original)[39].

El tratamiento de *Green v. County School Board of New Kent County* de los objetivos constitucionales era igualmente perentorio. Brennan retuvo esta frase de borradores anteriores: «Transformarse rápidamente en un sistema sin una escuela "blanca" y una escuela "negra" sino simplemente con escuelas», pero eliminó la mención de la razón que lo justificaba[40]. Esto no provocó un problema inmediato, ya que el condado de New Kent solo tenía dos escuelas públicas, pero significaba que el condado podía cumplir la ley enviando a los niños de ambas razas a un lugar para la escuela elemental y a otro lugar para la enseñanza secundaria, reduciendo de este modo el problema del transporte escolar[41].

En los distritos escolares más grandes, sin embargo, la fórmula planteaba cuestiones obvias. Aparentemente, la insistencia de Brennan en «un sistema sin una escuela "blanca" y una escuela "negra"» era compatible con un rígido plan de transporte escolar que tenía como objetivo el logro de la misma proporción de blancos y negros en cada escuela. Pero el dictamen reconocía la necesidad de una mayor flexibilidad, incluso permitiendo que la libertad de elección operase como parte de un plan efectivo. Sin embargo, los tribunales inferiores tenían dificultades para definir las compensaciones necesarias, dado que Brennan había eliminado la mención del objetivo general: la eliminación del «estigma de inferioridad», que había sido «incrustado» en las escuelas de negros «por años de discriminación»[42]. Una vez despojado de los principios fundamentales, lo único que quedaba en *Green v. County School Board of New Kent County* era una muestra dramática de impaciencia, una amplia aprobación de las medidas tecnocráticas de cumplimiento y la advertencia de que los tribunales inferiores tenían que atenuar las demandas de abolición de la segregación con sentido común.

Green v. County School Board of New Kent County versus *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*

Precisamente en el mismo momento en que los jueces estaban lidiando con *Green v. County School Board of New Kent County* estaban también

[39] *Green v. County School Board of New Kent County*, cit., p. 439.
[40] Este fallo de principio fue percibido entonces, pero la dinámica interna del mismo fue invisible. Véase, por ejemplo, Owen Fiss, «The Charlotte-Mecklenburg Case – Its Significance for Northern School Desegregation», *The University of Chicago Law Review*, vol. 38, 1971, pp. 697, 699.
[41] Véase *Green v. County School Board of New Kent County*, cit., p. 442, nota 6.
[42] Véase el borrador del dictamen de *Green v. County School Board of New Kent County*, pp. 6-7.

decidiendo *Jones v. Alfred H. Mayer Co.* Ambos casos tienen paralelismos reveladores, que sirven para poner de relieve el carácter notable de las evasivas de *Green*.

Ambos casos ponen en evidencia los intentos de Harlan y White de bloquear una reinterpretación progresista de un texto clave de la Reconstrucción, la Decimotercera Enmienda en *Jones*, la Decimocuarta en *Green*[43]. En ambos casos, la mayoría proponía proclamar el mismo principio básico: del mismo modo que Brennan se centraba en el «estigma de inferioridad» que había sido «incrustado» por generaciones de educación segregada, Stewart denunció los «símbolos de esclavitud» impuestos por generaciones de discriminación en el mercado inmobiliario. Ambos pretenden releer los grandes textos de la Primera Reconstrucción para proporcionar fundamentos apropiados a la insistencia de la Segunda en que los estadounidenses fuesen más allá de las nociones de igualdad y libertad formales para erradicar la humillación institucionalizada en esferas cruciales de la vida social.

Los jueces Harlan y White bloquearon el camino a la unanimidad en ambos casos, pero Brennan y Stewart reaccionaron de manera muy diferente. Stewart permitió a Harlan y White publicar su voto particular en *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, e insistió en mantener su énfasis en los «símbolos de esclavitud»; Brennan trocó sus principios por la unanimidad en *Green v. County School Board of New Kent County*. ¿Por qué?

Ello fue así no porque los principios de Brennan fuesen más polémicos que los de Stewart, al contrario. Brennan estaba simplemente reafirmando *Brown v. Board of Education*, mientras que Stewart estaba rechazando determinadas interpretaciones profundamente arraigadas de la Decimotercera Enmienda. No porque la mayoría progresista en *Green v. County School Board of New Kent County* estuviese menos comprometida con sus principios, al contrario. Earl Warren estaba indudablemente ofendido por el intento de Harlan-White de tomarse a la ligera su logro histórico en *Brown v. Board of Education*. En condiciones ordinarias, los otros jueces podrían muy bien haberse sometido a la sensibilidad del presidente del Tribunal Supremo, especialmente si este estaba a punto de dimitir.

La diferencia entre *Green v. County School Board of New Kent County* y *Jones v. Alfred H. Mayer Co.* no tenía nada que ver con principios o con personalidades y sí mucho con la relación que mantenía el Tribunal con el poder político. Stewart pudo ser valiente en *Jones*, porque el Congreso acababa de comprometer al pueblo estadounidense con un avance revolucionario en la esfera de la vivienda; nada de lo que pudiesen decir Harlan o White refutaría este punto fundamental.

---

[43] Esta vez Black firmó el dictamen con la mayoría, sin más dificultad.

Pero la suerte de las escuelas segregadas dependía de la presencia continuada de un aliado leal en la Casa Blanca. Un año después de *United States v. Jefferson County Board of Education*, la celebración triunfante por parte del juez Wisdom de la colaboración entre instituciones parecía característicamente prematura. Con George Wallace y Richard Nixon enzarzados en la carrera por la presidencia, el futuro de la abolición de la segregación en el Sur estaba en liza. De repente, el aspecto más sombrío del dictamen de Wisdom se hizo evidente: «Los tribunales, actuando solos, habían fracasado» y no habían podido cumplir *Brown v. Board of Education* durante la década anterior a la *Civil Rights Act*. ¿Iba el Tribunal Supremo a hacer frente a otra década de marginación después del día de la toma de posesión del Presidente en 1969?

Brennan no pudo eliminar este riesgo, pero *Green v. County School Board of New Kent County* consiguió minimizarlo. Al insistir en que las juntas escolares sureñas pusieran en práctica planes para abolir la segregación que «funcionen de una manera realista [...] *ahora*» elevaba espectacularmente el coste político que tenía el poco entusiasmo de la Casa Blanca. Con los nueve magistrados unidos detrás de esta orden, el nuevo presidente se vería enfrentado con una difícil decisión: ¿estaba realmente preparado para desafiar al Tribunal Supremo y llevar de nuevo al país a los viejos y malos tiempos de Little Rock?

El intento de Brennan de adelantarse a la resistencia presidencial planteaba un problema en sí mismo. Ahora que el Tribunal había dejado pasar una oportunidad de oro para reafirmar el significado original de *Brown v. Board of Education*, ¿tendría otra oportunidad? ¿O ganaría la batalla para abolir la segregación en el Sur a costa de enterrar el principio de la antihumillación?

El/Los momento/s de la verdad de Nixon

Green v. County School Board of New Kent County puso a Nixon en una situación difícil. Su candidatura devolvía al Partido Republicano a sus tradiciones dominantes después del desastre de Goldwater. Durante la campaña, Nixon reafirmó su apoyo a las leyes-hito de 1964, 1965 y 1968, rechazando el desafío de última hora de Ronald Reagan, que permaneció firme en su ortodoxia de reinvención de Goldwater[44]. Nixon permaneció

[44] Cuando el desafío de la convención de última hora de Reagan se volvió serio, Nixon se reunió con delegaciones sureñas para evitar su defección. Incluso en este momento crucial, defendió su apoyo público a la recientemente proclamada *Fair Housing Act*, y puso de relieve la necesidad de ir más allá de las llamadas regionales si los Republicanos querían montar una campaña nacional ganadora en noviembre. Véase Kevin McMahon, *Nixon's Court: His Challenge to Judicial Liberalism and Its Political Consequences*, Chicago, Chicago University Press, 2011, pp. 18-36 y, especialmente, pp. 30-32.

fiel a su compromiso mientras se esforzaba en contener la amenaza electoral planteada por George Wallace durante la campaña de otoño. Si bien denunció fuertemente al Tribunal de Warren por su revolución de la justicia penal, nunca permitió que su defensa de la «ley y el orden» debilitase su compromiso con las leyes-hito, lo que incitó a Wallace, como es bien sabido, a meterlo en el mismo saco que Humphrey y a calificar a ambos de «no estar capacitados para asumir la presidencia»[45].

Asimismo, sus repetidas promesas de nombrar a «constitucionalistas estrictos» para el Tribunal Supremo no estaban en consonancia con su actuación en uno de los temas estrella del día: el intento de Lyndon B. Johnson, durante el último periodo de su presidencia de sustituir a Earl Warren, en edad de jubilación, por Abe Fortas como presidente del Tribunal Supremo de Estados Unidos. Cuando Strom Thurmond y otros políticos sureños lanzaron una campaña de obstruccionismo, Nixon se negó a darle su apoyo público, describiendo a Fortas como «uno de los magistrados más hábiles del Tribunal», tal y como recordaba Wallace a los espectadores en una emisión televisada a toda la nación en vísperas de las elecciones[46].

Al mismo tiempo, Nixon, el político, estaba impaciente por congraciarse con el ascendente Partido Republicano del Sur. Pese a su postura pública respecto a Fortas podía muy bien haber apoyado entre bastidores las obstrucciones a cambio del apoyo público de Thurmond a su candidatura[47]. Su posición respecto a la abolición de la segregación escolar estaba también rodeada de misterio. Combinaba reafirmaciones de *Brown v. Board of Education* con advertencias contra las agresivas órdenes de transporte escolar que convertirían al Sur en una especie de «chivo expiatorio»[48]. También se negaba a adoptar una postura clara respecto a la amenaza del HEW de retirar los fondos a las escuelas que no cumplieran el plazo previsto por la agencia en 1969 para la integración, permitiendo que la rumorología dejase creer a los sureños blancos que había prometido un aplazamiento a Thurmond[49].

El presidente siguió evitando las cuestiones difíciles cuando entró en la Casa Blanca. Fueran cuales fuesen las tentaciones políticas de una «estrategia sureña», no estaba dispuesto a distanciarse de millones de Republicanos que tenían una postura entre moderada y progresista respecto a los

---

[45] Véase, por ejemplo, Ben A. Franklin, «Wallace Calls His Opponents Unfit for Pres*id*ent Because of Rights Stand»*, The New York Times*, 29 de octubre de 1968, p. 23.
[46] K. McMahon, *Nixon's Court His Challenge to Judicial Liberalism and Its Political Consequences*, cit., p. 47.
[47] *Ibid.*, pp. 25-26.
[48] Véase Gareth Davies, «Richard Nixon and the Desegregation of Southern Schools», *Journal of Policies History*, vol. 19, núm. 4, 2007, pp. 368, 369.
[49] *Ibid.*

derechos civiles. En vez de ello, favoreció la creación de centros de poder rivales, progresistas y conservadores, en su Administración, permitiendo que ambos grupos montasen iniciativas muy diferentes que apelaban a sectores diferentes de su coalición política. El enfrentamiento entre departamentos y consejeros también proporcionó a Nixon una amplia serie de opciones cada vez que la situación política le exigiese de manera terminante intervenir con una decisión de alta visibilidad, permitiéndole pasar de una solución progresista a una solución conservadora, y viceversa, en un complicado malabarismo.

* * * * *

La cuestión operativa clave era si el HEW y el Departamento de Justicia seguirían respaldando al Tribunal Supremo mediante una combinación de litigios agresivos y recortes de financiación. Respecto a esta cuestión crucial, Nixon se mantuvo al margen de la refriega y dejó que los dos departamentos operasen como centros de poder rivales.

Esto dio a Robert Finch, el nuevo secretario del HEW, una ventaja posicional a la hora de hacer cumplir las directrices ya existentes de su Departamento. Igual que George Romney en el Departmento de Vivienda y Desarrollo Urbano (Department of Housing and Urban Development, HUD) Finch era un firme Republicano progresista. Pero a diferencia de Romney era amigo personal del presidente y había sido director de campaña de Nixon en 1960; de hecho, casi obtuvo el visto bueno de Nixon como compañero de candidatura en 1968 antes de que Spiro Agnew le desplazase[50].

Durante sus primeras semanas en el cargo Finch retuvo fondos a unos cuantos distritos escolares pese a las protestas de la ascendente ala sureña del partido. Luego nombró a Leon Panetta, un prometedor republicano progresista de California, para dirigir su Oficina de Derechos Civiles. Panetta comprometió rápidamente al HEW con la fecha tope de 1969, permitiendo aplazamientos de un año solo en casos verdaderamente excepcionales[51].

Toda esta frenética actividad provocó una alarma cada vez mayor en el Departamento de Justicia de Mitchell. Como director de campaña de Nixon en 1968, Mitchell era especialmente consciente de las necesidades de los Republicanos sureños, pero no era un cínico defensor de la segregación. Apoyó totalmente el ambicioso programa de litigios propuesto por Jerris Leonard, su nuevo fiscal general para los asuntos relacionados con los derechos civiles. Pero había una gran diferencia política entre los pleitos

---

[50] Richard Harwood, «Agnew Is "Simpático": Agnew Choice a Compromise», *The New York Times*, 8 de agosto de 1968, A1.
[51] Véase Leon Panetta y Peter Gall, *Bring Us Together: The Nixon Team and the Civil Rights Retreat*, Philadelphia (PA), Lippincott, 1971.

del Departamento de Justicia y las directrices del HEW. Cuando Leonard iba a los tribunal, los jueces eran los responsables de sus decisiones finales. Cuando Finch y Panetta hacían cumplir las directrices, el gobierno de Nixon tenía que asumir las consecuencias.

Aquí fue donde Mitchell trazó la línea. Se opuso al plazo tope de otoño del HEW por considerarlo políticamente poco prudente y pragmáticamente poco realista[52]. En primavera, convenció a Nixon de la necesidad de un cambio y el presidente ordenó a Finch y a Mitchell, que se reuniesen y negociasen una nueva política[53].

El 3 de julio, los dos jefes de departamento hicieron una declaración conjunta cuidadosamente pensada para que significase cosas diferentes para diferentes personas. Esta haría un guiño al Sur suprimiendo las fechas tope ya muy cercanas del HEW, rechazando una «sola fecha arbitraria» para todos los distritos «independientemente de las dificultades a las que se enfrenten»[54]. Este simbólico relajamiento de la fecha tope fue noticia de primera plana.

Pero su efecto práctico fue menos evidente para los intereses del Sur. La declaración recalcaba que los distritos segregados deberían «probar rigurosamente su situación» para mostrar que tenían «auténticos problemas educativos y administrativos»[55]. El HEW también obtuvo el reconocimiento explícito de los recortes de financiación como último recurso[56].

Teniendo en cuenta todo esto, Panetta se sintió con las manos libres para seguir con su presión de última hora para conseguir que las juntas escolares sureñas aceptasen «voluntariamente» sus contundentes planes de

---

[52] Véase James Rosen, *The Strong Man: John Mitchell and the Secrets of Watergate*, Nueva York, Doubleday, 2008, pp. 129-131.

[53] En una conferencia de prensa anterior, Nixon había hecho gestos que apuntaban a un compromiso: «Por lo que respecta a la segregación escolar, apoyo la ley vigente. Creo que debe negarse la financiación a aquellos distritos que perpetúan la segregación. Creo que nos enfrentamos a un problema muy difícil, sin embargo, para implementarla. Una cosa es nuestro deseo […] de mantener abiertas nuestras escuelas, porque la educación tiene que tener la máxima prioridad. Y otra cosa es nuestro deseo de ver que nuestras escuelas no estén segregadas. Por este motivo, al discutir este tema con el secretario Finch le insté a que, antes de utilizar esta última arma de negar la financiación a una escuela y cerrarla, exploremos cualquier otra posibilidad de hacer que los distritos escolares locales cumplan la ley», Richard Nixon, News Conference, 6 de febrero de 1969, en https://bit.ly/2J0Iqqx. Las observaciones de Nixon son confusas, ya que retener la financiación federal no implicaba el cierre de las escuelas, ya que los estados y las localidades eran la principal fuente de financiación para la educación. Sin embargo, está bastante claro que Nixon quería reservar los recortes de fondos como último recurso. Esto no era muy diferente de la postura mantenida por la Administración de Johnson; el HEW de Johnson solo impuso topes a la siguiente administración, manteniendo para ella misma una postura flexible.

[54] «Text of Statement by Finch and Mitchell on School Desegregation», *The New York Times*, 4 de julio de 1969, p. 7.

[55] *Ibid.*.

[56] Véase D. Kotlowski, *Nixon's Civil Rights: Politics, Principle, Policy*, cit., pp. 27-30.

integración. Para los distritos que ya estaban bajo orden judicial, el HEW también proporcionaba asesoramiento para hacer posible el rápido cumplimiento de las directrices. En general, la declaración del 3 de julio generó un mensaje ambiguo: hacía guiños al Sur blanco al mismo tiempo que aseguraba a los Republicanos de la corriente dominante que el progreso real continuaría.

Luego Nixon intervino personalmente para desbaratar este malabarismo. Su motivo no tenía nada que ver con la raza y mucho con su principal preocupación, que era la política exterior. La declaración Finch-Mitchell llegó en un momento en que el presidente estaba tratando de impulsar su iniciativa de misiles antibalísticos en el Congreso. John Stennis, de Misisipi, estaba en una posición estratégica como presidente del Comité de Servicios Armados y ya había conseguido una victoria «impresionante por un solo voto» para autorizar la medida[57]. Las líneas de batalla en torno a la asignación de unas consignciones presupuestarias de miles de millones de dólares se estaban formando y Stennis estaba decidido a retener el proyecto de ley a menos que el HEW retirase sus «ridículas» demandas de desmantelar las célebres escuelas segregadas de su estado. Una vez que Finch y Mitchell hubieron retirado oficialmente las fechas tope estrictas que insistían en la integración durante el siguiente año escolar, Nixon estuvo en condiciones de cerrar un trato[58].

El presidente tendría muy difícil estar a la altura de su parte del trato. Treinta y tres distritos escolares de Misisipi estaban ya bajo orden judicial

---

[57] Willard Edwards, «Capitol Views: Stennis Works Out a Deal», *The Chicago Tribune*, 11 de septiembre de 1969, p. 18.

[58] La carta personal de Stennis a Nixon afirmaba: «Los planes de integración del HEW […] destruirán el sistema de escuelas públicas del estado […] [y] de acuerdo con lo que se conoce de ellos son ridículos y absurdos […]. Como presidente del Comité de Servicios Armados del Senado tengo importantes responsabilidades aquí en conexión con la legislación relativa a nuestra seguridad nacional, *pero no vacilaré ni un momento en dejar mis deberes en este sentido* […] *para ir a Misisipi o para hacer cualquier cosa necesaria para contribuir a proteger y a preservar nuestro sistema de escuelas públicas*» (las cursivas son mías), carta de John Stennis a Richard Nixon, 11 de agosto de 1969; folder 105a (Whitten Amendment: Busing), Box 34, White House Special Files: Staff Member and Office Files: John D. Ehrlichman; Richard Nixon Presidential Library and Museum, Yorba Linda, CA. Si Stennis hubiese abandonado la ciudad, el liderazgo del Senado habría recaído en Stuart Symington, «uno de los más severos críticos del gasto en defensa […]. Encomendar el proyecto de ley a sus cuidados podría significar su mutilación», W. Edwards, «Capitol Views: Stennis Works Out a Deal», cit. Cuando Nixon recibió la carta de Stennis, Mitchell y Finch abordaron al senador para llegar a una «solución razonable», L. Panetta y P. Gall, *Bring Us Together: The Nixon Team and the Civil Rights Retreat*, cit., pp. 263-265. Según un alto responsable senatorial, «fue lo más próximo a una situación de *quid pro quo* en la que he visto implicado al senador Stennis»: entrevista con Charles Overby (realizada por Jeff Broadwater), John C. Stennis Oral History Project, Mississippi State University, 11 de marzo de 1991, pp. 15-16. Véase también Jack Rosenthal, «Stennis Linked to Desegregation Delay», *The New York Times*, 19 de septiembre de 1969, p. 36; J. Rosen, *The Strong Man: John Mitchell and the Secrets of Watergate*, cit., pp. 137-138.

para implementar planes de abolición de la segregación para comienzos de agosto y con la ayuda de expertos del HEW se estaban preparando para realizarlos cuando abriesen las escuelas. Esto significaba que Nixon no podía simplemente decirle a Finch que no fuese muy duro con Misisipi. Tendría que pedirle algo sin precedentes: que redactase una carta al Quinto Circuito de Apelación diciendo a los jueces que los planes de cumplimiento eran de hecho inadecuados (pese a la ayuda de los expertos del HEW) y que su implementación inmediata «produciría caos y confusión y representaría un contratiempo educativo catastrófico para 135.700 escolares, tanto blancos como negros»[59].

Los empleados más destacados de Finch le dijeron que no había fundamentos para tales declaraciones. Sin embargo, el secretario se mostró leal y disciplinado y reclutó a unos cuantos funcionarios regionales que testificasen ante los tribunales a su favor[60].

Dado que el HEWhabía rebajado sus propios planes, el Quinto Circuito retiró su orden inmediata de abolición de la segregación y dio a la agencia unos cuantos meses de margen para desarrollar mejores planes para el siguiente año escolar. Denunciando esta traición, el Fondo de Defensa Legal de la NAACP recurrió al juez Hugo Black, supervisor del Quinto Circuito, que rápidamente remitió su petición al Tribunal Supremo en pleno para su tratamiento inmediato. Con las escuelas de Misisipi abriendo bajo sus viejos y desacreditados planes de libertad de elección, las partes corrieron a Washington para asistir al juicio final[61].

El acuerdo de Nixon con Stennis había estallado en una confrontación de alcance histórico. Por primera vez desde *Brown v. Board of Education*, el Departamento de Justicia estaba luchando con el Fondo de Defensa Legal de la NAACP en un caso escolar. Dramatizando este notable giro, sesenta y cinco de los setenta y cinco fiscales de la División de Derechos Civiles organizaron una protesta pública, denunciando la negativa del viceministro de Justicia Leonard a tener en cuenta los claros «mandatos legales» establecidos por *Green v. County School Board of New Kent County*[62].

Ante el peligro de un motín en sus propias filas, Mitchell y Leonard redoblaron y reafirmaron su autoridad. Leonard incluso lanzó un desafío directo a los jueces en una conferencia de prensa celebrada en setiembre, diciendo: «Si el Tribunal Supremo ordenase ahora la inmediata abolición de la segregación no cambiaría nada. Alguien tendría que hacer cumplir esta orden».

---

[59] L. Panetta y P. Gall, *Bring Us Together: The Nixon Team and the Civil Rights Retreat*, cit., p. 256.
[60] *Ibid.*, pp. 259-262.
[61] *Alexander v. Holmes County Board of Education*, 396 U.S., 1969, pp. 1218-19 (Black J., Circuit Justice).
[62] Alexander Polikoff, *Waiting for Gautreaux: A Story of Segregation, Housing, and the Black Ghetto*, Evanston (IL), Northwestern University Press, 2006, p. 129.

En palabras de *The New York Times*, el «Tribunal podía haberse encontrado […] emitiendo una orden de abolición de la segregación escolar sin la expectativa de que el Departamento de Justicia obligara a cumplirla»[63].

Sombras de Little Rock pero peor: esta vez no era un gobernador del estado, sino el propio poder ejecutivo el que amenazaba con desobedecer. El General Solicitor de Nixon echó leña al fuego. El General Solicitor funciona tradicionalmente como un «décimo magistrado», especialmente atento a las responsabilidades únicas del Tribunal. Mitchell había permitido que Erwin Griswold, el antiguo decano de la Harvard Law School, permaneciese en el cargo como un vestigio del gobierno de Johnson, convirtiéndolo en noticia de primera plana cuando este se negó a defender a la administración y se quedó sentado sin decir nada mientras Leonard presentaba su argumento oral ante los jueces.

El silencio de Griswold fue más elocuente que las palabras de Leonard. No cabía duda del desafío fundamental al liderazgo del Tribunal, pero los jueces iban a tener muchas dificultades para formular una respuesta adecuada. El caso del Quinto Circuito, *Alexander v. Holmes County,* se discutió el 23 de octubre. Si los jueces impugnaban la decisión de un tribunal inferior, tendrían que lidiar con la predicción de Finch en agosto sobre «el caos, la confusión y el catastrófico contratiempo educativo». La reinstauración de las órdenes de transporte escolar del HEW obligaría a Misisipi a alterar las clases y a enviar a 135.000 escolares a nuevas escuelas y nuevos maestros en medio del curso académico. ¡Qué desorden!

El Tribunal estaba más impresionado con el desafío a su autoridad. En una semana ordenó a las escuelas de Misisipi que revocasen su sistema de libertad de elección y que pusieran *inmediatamente* en acción los planes de abolición de la segregación del HEW[64]. Esta drástica decisión no era en absoluto exigida por *Green v. County School Board of New Kent County*, que tenía mucho cuidado en decir que los distritos escolares tenían que proponer planes que prometiesen «de manera realista debían funcionar *ahora*»[65]. «Ahora» era en octubre y los jueces podían haber fácilmente resuelto que una transformación perturbadora a mediados de año era poco realista, especialmente teniendo en cuenta que el Quinto Circuito estaba requiriendo a los distritos que trabajasen con el HEW para desarrollar unos planes claros para el siguiente curso académico.

Pero la confrontación de la Administración de Nixon con el Tribunal Supremo se había disparado más allá del ámbito del legalismo prudencial. La amenaza para la autoridad judicial era demasiado obvia para

[63] *Ibid.*, pp. 129-130.
[64] *Alexander v. Holmes County Board of Education*, 396 U.S., 1969, p. 19.
[65] *Green v. County School Board*, 391 U.S., 1968, pp. 430, 439.

ignorarla. Para dramatizar la cuestión, el nuevo presidente del Tribunal Supremo de Nixon, Warren Burger, se unió a la censura a su patrocinador por nueve a cero[66].

Cuesta creer que Nixon hubiese cerrado su acuerdo sobre los misiles antibalísticos con Stennis, si hubiese reconocido el peligro que implicaba esta arriesgada confrontación constitucional. Una cosa era que Jerris Leonard invocase las sombras de Little Rock y otra muy distinta que Nixon desempeñase el papel de Orval Faubus. Ahora que el Tribunal Supremo había puesto en evidencia el farol de Leonard, Nixon retiró sus cartas y abandonó la partida. Prometió inmediata y públicamente hacer respetar la orden del Tribunal[67]. Los jueces federales respondieron dictando órdenes para una reorganización general de las escuelas a mediados del curso escolar en Misisipi y otros bastiones de la intransigencia[68]. Decenas de miles de escolares fueron trasladados a nuevas escuelas con nuevos compañeros y nuevos maestros y aprendieron al menos una lección: *Brown v. Board of Education* era efectivamente la ley en vigor.

Nixon estaba que ardía y en varias reuniones confidenciales calificó a los jueces de «pueriles» y de «irresponsables»[69]. También dio en público enérgicas muestras de desaprobación. Cuando el Senado rechazó su designación del sureño Clement Haynesworth para el Tribunal Supremo, Nixon dio un paso adelante y a finales de enero propuso a G. Harold Carswell para cubrir la vacante, pese al historial que tenía de comentarios racistas; en febrero, destituyó a Leon Panetta de su puesto al frente del HEW[70]; en marzo, aceptó la dimisión de Finch como secretario del HEW[71]; y en abril denunció agriamente al Senado cuando este rechazó el nombramiento de Carswell: «He llegado de mala gana a la conclusión de que no es posible obtener la confirmación para juez del Tribunal Supremo de nadie que crea en la estricta interpretación de la Constitución como yo mismo, si resulta que procede del Sur»[72].

---

[66] Véase Bernard Schwartz, *Swann's Way The School Busing Case and the Supreme Court,* Nueva York, Oxford Unversity Press, 1986, pp. 67-87, para una descripción detallada del litigio y de la dinámica de decisión.

[67] Rowland Evans y Robert Novak, *Nixon in the White House: The Frustration Of Power*, Nueva York, Random House, 1971, p. 156.

[68] G. Davies, «Richard Nixon and the Desegregation of Southern Schools», cit., p. 373.

[69] *Ibid.*

[70] Nixon destituyó a Panetta sin ni siquiera avisarle antes; Panetta se enteró de su destitución cuando Ronald Ziegler, el secretario de prensa de la Casa Blanca, lo anunció en una conferencia de prensa. Véase L. Panetta y P. Gall, *Bring Us Together: The Nixon Team and the Civil Rights Retreat*, cit., pp. 352-355.

[71] Nixon y Finch presentaron la dimisión como un ascenso: «Nixon le dijo a Robert Finch que quería que su antiguo socio político le acompañase a la Casa Blanca como consejero clave […]. "Me sentí muy cómodo" con el cambio [dijo Finch] y es "categóricamente falso" que haya sido destituido, como afirmó un servicio de prensa», Haynes Johnson, «Nixon Pressed Him, Finch Says», *The Washington Post*, 7 de junio de 1970, p. 1.

[72] 4th *Congressional Quaterly Service*, *Congress and the Nation: 1969-1973*, 1973, p. 297.

También anunció a sus tres principales consejeros –John Ehrlichman, H. R. Haldeman y Henry Kissinger–, que ahora asumía «personalmente la responsabilidad» de la abolición de la segregación escolar, dado que este sería uno de los temas más polémicos en el futuro previsible»[73].

Ello provocó inmediatamente la habitual competencia en la Casa Blanca entre consejeros conservadores y progresistas. Pat Buchanan llevó a cabo una agresiva estrategia sureña, diciéndole a Nixon que «la segunda era de la Reconstrucción ha terminado; el barco de la integración se está hundiendo [...] y no hemos de estar a bordo. Por primera vez desde 1954, la comunidad nacional de derechos civiles va a sufrir una sonora derrota»[74]. Instó a su jefe a que enviase a Spiro Agnew a Dixie [los estados sureños] para que lanzase una campaña en contra del Tribunal, preparando un discurso que habría hecho decir al vicepresidente: «Por nada del mundo [...] logro justificar los terribles costes que estamos pagando y que seguiremos pagando en el futuro si vamos hacia una unificación racial de las escuelas en todo el país».

Nixon ya estaba utilizando a Agnew como megáfono para sus exaltados ataques a los manifestantes pacifistas y había atractivos políticos obvios en la extensión de su mensaje. George Wallace constituía una clara amenaza para la reelección de Nixon en 1972: si la irritación del Sur ante el transporte escolar ordenado por los tribunales seguía creciendo, Wallace podía convertirse en una formidable amenaza en todos los estados sureños, privando a Nixon de los votos electorales que necesitaba para derrotar a su rival demócrata. Si Nixon utilizaba a Agnew para ganar a Wallace en demagogia, estaría guardando su flanco derecho. La estratagema de Buchanan empezó a tomar impulso cuando Agnew anunció públicamente sus planes para abordar el problema en Atlanta.

Y entonces Nixon ordenó cancelarlo todo. Le dijo a Ehrlichman que no había «una buena política en los puntos de vista extremistas de Pat Buchanan», porque no eran «de buena ley». Por lo que a mí respecta, no sirve de nada especular sobre los auténticos motivos del presidente. Lo importante es que Nixon era perfectamente consciente de que se estaba enfrentando a un momento de la verdad constitucional. Si hubiese dado rienda suelta a Agnew, la nación se habría visto abocada a una crisis monumental. Dado que el Fondo de Defensa Legal insistía en *Green v. County School Board of New Kent County* y en *Alexander v. Holmes County Board of Education*, mientras Agnew fomentaba la resistencia blanca, no era posible

[73] Excepto donde se indica explícitamente, mi relato de la respuesta de Nixon a *Alexander*, junto con todas las citas del texto, se basa en el trabajo archivístico presentado por G. Davies, «Richard Nixon and the Desegregation of Southern Schools», cit., pp. 374-378.
[74] Véase Leonard Garment, *Crazy Rhythm: My Journey from Brooklyn, Jazz, and Wall Street to Nixon's White House, Watergate, and Beyond*, Nueva York, Times Books, 1997, p. 206.

decir si los intentos del Tribunal Supremo de cumplir *Brown v. Board of Education* obtendrían la vindicación final en el mundo real.

Al optar (aunque de mala gana) por apoyar al Tribunal, Nixon no solo se decidió por el imperio de la ley, sino que también tomó una decisión que tendría importantes consecuencias políticas. Había adquirido un fuerte interés en impedir otra ronda de resistencia a los decretos del Tribunal sobre la abolición de la segregación. Ahora que había cedido la reacción blanca a Wallace, la constante resistencia sureña aumentaría su tercer desafío en el partido en 1972, debilitando el atractivo de Nixon en el Sur y exponiéndole a un Demócrata decididamente comprometido con los derechos civiles en el Norte. Si Nixon quería adelantarse a esta doble amenaza a su reelección, era imperativo que resolviese el problema antes de que comenzase la campaña de 1972, apoyando el cumplimiento generalizado del Sur cuando abriesen las escuelas en 1970[75].

El característico estilo de liderazgo de Nixon se entiende mejor contrastándolo con otros momentos decisivos presidenciales anteriores. Obviamente, se negó a seguir el modelo inaugurado por Lyndon B. Johnson con su discurso «We Shall Overcome» y a ponerse por delante de los tribunales insistiendo en el imperativo moral de un avance igualitario. Su posición estaba más cerca de la de Eisenhower en Little Rock: era escéptico respecto a los méritos de la iniciativa del Tribunal Supremo, estaba enfadado con los jueces porque le metían en un callejón sin salida, pero finalmente decidió mantener el imperio de la ley.

Pero Nixon seguía el ejemplo de Eisenhower en una fase muy diferente del ciclo de la legislación de carácter superior. Gracias a la *Civil Rights Act*, el HEW y el Departamento de Justicia ya habían roto la resistencia de las juntas escolares sureñas y estaban colaborando con los tribunales en un ataque cada vez más intenso al régimen de Jim Crow. En ese contexto, una intervención militar al estilo de Eisenhower habría sido contraproducente, enardeciendo aún más a la reacción racista y poniendo en peligro las posibilidades de su reelección. Para evitar este resultado, Nixon continuó su estrategia de doble filo de una forma que aseguraba paradójicamente la eliminación decisiva de la segregación escolar al viejo estilo.

Empecemos con la dimensión legalista de la postura de Nixon. Tras dar públicamente muestras de su desacuerdo con el Tribunal y con el HEW, el presidente trató de llevar a los jueces por un camino constitucional que él pudiese encontrar aceptable. Como paso preliminar de este intento,

[75] Como explicó Nixon a Ehrlichman y a Garment, era «en nuestro interés, políticamente, dejar el problema atrás» y «tener la confrontación este año y no en 1972», G. Davies, «Richard Nixon and the Desegregation of Southern Schools», cit., p. 377, que cita las notas de Ehrlichman y el memorándum de Garment conservado en los archivos de Nixon.

la Casa Blanca reclutó a Alexander Bickel, de Yale, para que proporcionase peso legal a su política, y a James Coleman, de Chicago, para que le diese respetabilidad desde el punto de vista de las ciencias sociales[76]. Sin embargo, Nixon no se sentía cómodo teniendo que confiar en estos académicos o en su propio equipo para elaborar el producto final. En un momento raro en la vida de la presidencia moderna, elaboró su propio documento de ocho páginas, que fue publicado el 24 de marzo de 1970[77].

Nixon reconoció al Tribunal Supremo como «el árbitro final en cuestiones constitucionales» y respaldó su demanda de que las escuelas sureñas «pusieran fin inmediatamente a su sistema dual». Al mismo tiempo, trató de evitar una espectacular expansión de esta campaña a las ciudades septentrionales, donde las escuelas negras eran un subproducto de los patrones racistas de la vivienda. Se refirió a la segregación *de facto* como «indeseable», pero negó que violase la Constitución y puso de relieve que el Tribunal aún no había dicho lo contrario.

En cambio, la oposición del presidente al transporte escolar en el Sur fue más condicional. Si bien lo rechazaba como forma de lograr el «equilibrio social», se negaba a apoyar una iniciativa legal que limitase el poder de los tribunales para destruir el sistema dual sureño: «Mis consejeros me dicen» afirmó, que ninguna prohibición legislativa sobre el *busing* «puede aplicarse constitucionalmente a la segregación *de iure*».

Paradoja número uno: la declaración de Nixon le comprometía con una «estrategia sureña» diametralmente opuesta a aquella por la que hoy es (tristemente) famoso. Estaba diciendo, de una forma nada ambigua, que sería *más duro* en el Sur que en el Norte.

Nixon apoyó sus palabras con hechos. El 10 de julio el Departamento de Justicia anunció cincuenta y cinco nuevas demandas contra distritos escolares sureños que estaban resistiendo. Y de un modo aún más notable, el Servicio de Rentas Internas [Internal Revenue Service, IRS] se le unió con una sanción totalmente nueva: en lo sucesivo negaría desgravaciones impositivas a las academias privadas racistas, que ofreciesen a los blancos una vía de escape a las escuelas integradas[78]. Al adoptar esta importante ini-

---

[76] Véase A. James Reichley, *Conservatives in an Age of Change: The Nixon and Ford Administrations*, Washington DC, 1981, pp. 190-192, 305; James Bolner y Robert Shanley, *Busing: The Political and Judicial Process*, Santa Bárbara (CA), Praeger Publishers Inc., 1974, p. 145.

[77] Richard Nixon, «Statement About Desegregation of Elementary and Secondary Schools», 24 de marzo de 1970, *American Presidency Project*, en www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=2923.

[78] Roy Reed, «Both Sides in South Mistrust Nixon Actions on School Integration», *The New York Times*, 17 de Julio de 1970, p. 22 (tanto el Departamento de Justicia como el IRS hicieron su anuncio simultáneamente). Solo dos meses antes, el Departamento de Justicia había empezado a argumentar que la desgravación fiscal a las escuelas privadas no debía considerarse como un subsidio federal a la segregación. Linda Mathews, «Racist' Schools to Lose Tax Break», *Los Angeles Times*, 11 de julio de 1970, p. 1.

ciativa, el IRS no estaba emprendiendo una acción unilateral a la manera de Finch en el HEW o de Romney en el HUD: Ron Ziegler, el portavoz del presidente, refrendó inmediatamente la resolución del IRS[79]. De hecho, el propio Nixon dio su aprobación personal, garabateando al margen del memorándum de la decisión estas palabras: «Creo que en este tema hemos de hacer lo que es correcto. Pero una vez más no debemos hacernos la ilusión de que no nos estamos perjudicando gravemente desde un punto de vista político»[80]. La profecía de Nixon fue rápidamente confirmada por las amenazas de castigo electoral de segregacionistas como Strom Thurmond por sus «iniciativas arbitrarias, vengativas y antisureñas»[81].

La adopción del legalismo por parte de Nixon le permitió echar la culpa a los tribunales, pero esto apenas fue suficiente para impedir otra ronda de férrea resistencia sureña que podía explotarle en la cara en el periodo previo a su apuesta por la reelección. Aquí es donde una segunda estrategia de cumplimiento más política saltó a primer plano. El presidente creó un Comité Ministerial sobre Educación, que organizó una amplia coalición de moderados sureños para dar respaldo político a la abolición de la segregación ordenada por los tribunales. Bajo el liderazgo efectivo del secretario de trabajo George Schultz, un firme progresista en cuestiones raciales, varios equipos administrativos fueron al Sur a crear comités de liderazgo birracial en los siete estados más afectados por *Alexander v. Holmes County Board of Education*[82]. Su mensaje: guste o no guste, Nixon *no* iba a debilitar la integración ordenada por los tribunales y si el Sur sucumbía a otra ronda de resistencia violenta, no haría más que distanciar a los grandes inversores, que irían a otra parte en busca de oportunidades de negocio. Así formulaba la cuestión el propio Nixon: «Cualquier comunidad que permita que el sistema público escolar se deteriore se condena a sí misma al estancamiento económico y social»[83].

Este enfoque sensato demostró ser notablemente eficaz para reclutar un grupo de apoyo decisivo para los comités estatales interraciales. Muchos directivos empresariales blancos estaban personalmente comprometidos con los principios racistas, aunque defendían la proposición de que la

---

[79] Véase Lawrence McAndrews, «Segregated Schools Lose Tax Breaks», *The Chicago Tribune*, 11 de Julio de 1970, p. 1.
[80] Véase D. Kotlowski, *Nixon's Civil Rights: Politics, Principle, Policy*, cit., p. 25. Véase Lawrence McAndrews, «The Politics of Principle: Richard Nixon and School Desegregation», *The Journal of Negro History*, vol. 83, núm. 3, 1998, pp. 187, 195-196.
[81] Kenneth Crawford, «Thurmond Threatens», *Newsweek*, 76, p. 25, 3 de agosto de 1970.
[82] Spiro Agnew fue inicialmente puesto a cargo del Comité Ministerial, pero se negó a jugar un papel activo y Nixon pronto recurrió a Schultz para proporcionarle el liderazgo necesario. Véase George Schultz, «How a Republican Desegregated the South's Schools», *The New York Times*, 8 de enero de 2003, A23; J. Rosen, *The Strong Man: John Mitchell and the Secrets of Watergate*, cit., p. 142.
[83] G. Davies, «Richard Nixon and the Desegregation of Southern Schools», cit., p. 383.

economía del «Nuevo Sur» ya no era compatible con la segregación del «Viejo Sur». Al mismo tiempo, los líderes negros consideraban la iniciativa de Schultz como su mejor esperanza de construir una coalición política amplia capaz de resistir la demagogia racial.

Paradoja número dos: la petición de apoyo político que lanzó Nixon a los conservadores sureños fue drásticamente facilitada por sus tempranas muestras de resistencia al Tribunal en *Alexander v. Holmes County Board of Education*, su purga del HEW y su desafiante designación de Carswell. Estos gestos de alta visibilidad le marcaron como el político nacional más comprensivo con los aprietos de los blancos sureños. Así, su viraje en la campaña del Tribunal Supremo respecto al transporte escolar sirvió de protección política a las elites empresariales locales para declarar públicamente que la hora del cumplimiento de buena fe de *Brown v. Board of Education* había finalmente llegado. La petición de ayuda de Nixon fue especialmente efectiva, ya que se formuló desde el punto de vista de los valores de «la ley y el orden» y del capitalismo de libre mercado, que resonaban ampliamente en la comunidad empresarial sureña.

El resultado fue el equivalente doméstico a la iniciativa de Nixon respecto a China. Del mismo modo que su imagen de luchador de la Guerra Fría le protegía de los ataques de la derecha por su acercamiento a Mao, sus gestos enfáticos respecto a los estados sureños más racistas le otorgaron credibilidad cuando informó al Sur de que había llegado la hora de aceptar la derrota.

Crear comités estatales creíbles no era fácil. Requería que los equipos de Schultz trabajasen con una fuerte oposición de destacados senadores y gobernadores. Cuando llegaba el momento propicio, Schultz llevaba a cada delegación estatal a la Casa Blanca para sellar el trato en una reunión especial con el presidente. Así es como describía estas visitas:

> El primer grupo que llegó a Washington procedía de Misisipi. Nos reunimos en el Salón Roosevelt de la Casa Blanca, al otro lado del vestíbulo donde se encuentra el Despacho Oval. La discusión fue muy cortés, pero se hicieron evidentes divisiones profundas. Les dejé discutir un rato. Luego, en virtud de un preacuerdo, dejé pasar a John Mitchell. Mitchell era conocido en el Sur como un tipo duro y, en general, era considerado por los blancos próximo a su causa. Le pregunté a Mitchell qué pensaba hacer con las escuelas. «Soy el fiscal general y haré cumplir la ley» gruñó con su voz ronca de fumador de pipa. No emitió ningún juicio acerca de si consideraba esto bueno, malo o indiferente. «Haré cumplir la ley» repitió. Y dicho esto se marchó.
>
> A la hora de comer […] me senté junto a dos personas a las que quería en el comité asesor de Misisipi: Warren Hood, presidente de la Misisipi Manufacturers Association, y el Dr. Gilbert Mason, un

médico negro y líder de la sección de la NAACP en Biloxi. Les dije que si aceptaban, el comité tendría mucha credibilidad ante blancos y negros.

Cuando vi que empezaban a hablar de modo constructivo entre ellos, les dejé solos [...].

En el momento oportuno le dije al presidente Nixon que estábamos listos para reunirnos con él. Cruzamos el vestíbulo y entramos en el Despacho Oval, donde el presidente había reunido a sus invitados en torno a su escritorio [...]. Le recuerdo diciendo: «Del mismo modo que se toman decisiones en este despacho también se toman en todos los estados y comunidades de nuestro país. Vosotros sois los líderes en estas comunidades y tenéis que estar a la altura de vuestras responsabilidades». Dejaron el Despacho Oval inspirados[84].

Nixon también estaba ayudando de una forma más tangible. Anunció una iniciativa federal de 1,5 millardos de dólares para gestionar la transición[85].

La estrategia de doble filo del presidente determinó profundamente el desenvolvimiento de la situación. Por un lado, colocó directamente la carga del liderazgo constitucional sobre los tribunales, poniendo en su conocimiento que les presionaría políticamente si utilizaban *Brown v. Board of Education* como trampolín para una campaña en el Norte contra

---

[84] Véase G. Schultz, «How a Republican Desegregated the South's Schools», cit. Durante los dos meses siguientes, Schultz siguió «el mismo proceso» con otras cinco delegaciones estatales, *ibid.* El último estado en la lista de Schultz, Luisiana, resultó especialmente difícil de organizar. Pero justo antes de la apertura del curso escolar convenció a Nixon (pasando por encima de las discrepancias de Spiro Agnew) para que cerrase el acuerdo en una reunión muy publicitada en Nueva Orleans, a la que acudieron los siete comités estatales. Esto es lo que dijo el presidente al Sur profundo al salir de su cónclave conjunto: «Déjenme ser muy directo y muy franco respecto al momento en que nos encontramos en la cuestión de la abolición de la segregación escolar. El más alto tribunal de la nación se ha pronunciado. El sistema escolar unitario ha de reemplazar al sistema dual en todo el territorio de Estados Unidos. Una vez determinada la ley es responsabilidad del presidente de Estados Unidos hacerla respetar. Y no pienso rehuir esta responsabilidad. Sin embargo, para hacer respetar la ley, una ley que requiere un cambio social muy importante en los estados del Sur, diferentes planteamientos son posibles. Un planteamiento consiste simplemente en sentarse a esperar que abran las escuelas y empiecen los problemas, y cuando empiecen los problemas ordenar a los agentes federales que hagan cumplir la ley. Rechacé este planteamiento desde el principio [...]. El liderazgo en una cuestión como esta requiere una acción preventiva [...] y estamos consiguiendo una magnífica cooperación de personas entregadas en los siete estados involucrados. Hay líderes cívicos que prestan sus servicios sin cobrar nada y aunque algunos de sus amigos y vecinos les aconsejan que también ellos se aparten a un lado y no se busquen problemas tratando de dar consejos o desarrollar una opinión pública para que pueda llevarse a cabo de forma ordenada esta transición [...]. El tiempo dirá si hemos tenido éxito, pero hay una cosa que ya sé ahora: como resultado de estos comités asesores veremos que en muchos distritos la transición será ordenada y pacífica, mientras que en caso contrario podría haber sido de otro modo. Y el mérito corresponde a estos destacados líderes sureños y les corresponde más a ellos que a los agentes federales que estaban allí para ayudarles», véase Richard Nixon, «Remarks Following a Meeting in New Orleans with Leaders of Seven State Advisory Committees on Public Education» 14 de agosto de 1970, en https://bit.ly/2HGS6ao.

[85] R. Reed, «Both Sides in South Mistrust Nixon Actions on School Integration», cit.

la segregación *de facto*. Por otro lado, hizo todo lo que estaba en su mano para crear el consenso político necesario para garantizar el cumplimiento por parte de los estados sureños y ofreció ayuda fiscal para una transición suave a un sistema integrado.

Cuando nacieron los comités interraciales patrocinados por Nixon en la primavera de 1970, resultaron ser notablemente eficaces a la hora de proporcionar una alternativa a las formas familiares de racismo. Trabajaron sobre el terreno para apoyar la conformidad de las escuelas y lanzaron campañas de comunicación –protagonizadas por iconos como Billy Graham– para instar a los sureños a aceptar lo inevitable. El esfuerzo global se vio indudablemente facilitado por las realidades políticas cambiantes que trajo consigo la *Voting Rights Act*. Dado que Nixon había firmado recientemente una ampliación de la misma, todo el mundo reconoció que un voto negro importante estaba allí para quedarse y que había llegado el momento de repensar las viejas tácticas políticas.

Fueron muchos los progresistas en cuestiones raciales que no se dejaron impresionar por el intento de Nixon-Schultz. Los primeros movimientos públicos del presidente –su política suicida en *Alexander v. Holmes County Board of Education*, así como su (fallido) intento de colocar a un conservador sureño en el Tribunal Supremo– les convencieron de que era prácticamente imposible que saliera algo bueno de la Casa Blanca de Nixon[86]. Sin embargo, la estrategia de este desempeñó un papel clave a la hora de obtener el apoyo político para otro gran avance en la abolición de la segregación en el Sur.

Los números son más expresivos que las palabras. Cuando Lyndon B. Johnson dejó Washington en 1968, el 23,4 por 100 de estudiantes negros asistían a escuelas mayoritariamente blancas en el Sur; en 1970, eran un 33,1 por 100, convirtiéndola en la región más integrada de la nación[87].

La consolidación de *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*

Alexander v. Holmes County Board of Education no ocupa un lugar muy importante en la historia que se cuentan los juristas a sí mismos acerca del destino de *Brown v. Board of Education*, tal vez porque el Tribunal no publicó un dictamen completo sobre el caso. Y no porque el nuevo presidente del Tribunal Supremo, Warren Burger no lo intentase. Inicialmente trató el caso como lo que era: el mayor desafío a la legitimidad del Tribunal

[86] G. Davies, «Richard Nixon and the Desegregation of Southern Schools», cit., pp. 387-88, recoge una muestra representativa de críticas liberales.
[87] Gary Orfield, *Public School Desegregation in the United States, 1968-1980*, Washington DC, Joint Center for Political Studies, 1983, p. 4, y G. Orfield y Ch. Lee, *Historic Reversals, Accelerating Resegregation, and the Need for New Integration Strategies*, cit., p. 23.

desde Little Rock. Quería seguir el modelo establecido por *Cooper v. Aaron*, de acuerdo con el cual cada juez estamparía su firma individualmente en el dictamen unánime que él había redactado como censura a la Administración de Nixon. Pero los veteranos, encabezados por Brennan, se negaron a ceder el liderazgo intelectual al recién llegado[88].

En consecuencia, los jueces se conformaron con una orden de cinco párrafos tras una semana de intenso toma y daca[89]. Si Misisipi iba a intentar una revolución a mediados de año de su sistema escolar, el Tribunal no podía permitirse el lujo de un debate doctrinal ampliado antes de anunciar sus órdenes de marcha.

Pese a la nada impresionante presencia de *Alexander* en las páginas de los *United States Reports*, Burger tenía razón en dotar a la decisión de una importancia decisiva, o esto es lo que sugiere nuestro marco general. Si *Brown v. Board of Education* fue la *señal* que situaba la abolición de la segregación en la agenda constitucional, la *Civil Rights Act* fue un intento de *proponer* sanciones juridico-administrativas al estilo *New Deal* para superar la resistencia del sur, y la arrolladora victoria en las elecciones de 1964 fue el *desencadenante* para la *elaboración* por parte de la Administración de Johnson de estas nuevas sanciones y su conversión en una estrategia efectiva, en consecuencia las elecciones *ratificadoras* de 1968 abrieron el camino a Nixon para *consolidar* estos avances con una campaña político-legal a favor de *Alexander*.

Mientras el presidente daba su apoyo de mala gana al Tribunal, los jueces sellaban su triunfo en *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*. El caso fue discutido en octubre de 1970, en el mismo momento en que el notable progreso de la abolición de la segregación en el Sur se estaba volviendo evidente[90]. Confrontaba problemas mucho más complicados que los planteados por el condado rural en *Green v. County School Board*

---

[88] Véase B. Schwartz, *Swann's Way The School Busing Case and the Supreme Court,* cit., p. 73.

[89] Burger describió la orden resultante como «el proverbial "caballo diseñado por un comité", cuyo resultado final es un camello». Al final rechazó el modelo *Cooper v. Aaron*, explicando que «hay una opinión, que yo ahora tiendo a compartir, en virtud de la cual un recital de nombres en el encabezamiento de la orden tiende a darle a esta un énfasis inadecuado. En consecuencia, haré entrar esta como una orden rutinaria, acompañada de un decreto que permita que el contenido de la misma transmita la urgencia de su propio mensaje», Justice Burger, Memorandum for the Conference Regarding Alexander v. Holmes County (29 de octubre de 1969), Harlan Papers, Box 606, Folder 12252, Princeton University. Durante los últimos cuarenta años, la ausencia de un dictamen formal ha facilitado el olvido del «mensaje urgente» de *Alexander v. Holmes County Board of Education*.

[90] En 1968, el 77,8 por 100 de estudiantes negros en el Sur asistía a escuelas, cuyo 90 por 100 de matriculados pertenecía a minorías, mientras que la media nacional era del 64,3 por 100. En 1972, el número cayó en el Sur al 24,7 por 100, un tercio por debajo de la media nacional del 38,7 por 100. G. Orfield, *Public School Desegregation in the United States, 1968-1980*, cit., p. 4. Para otros datos que transmiten el mismo mensaje, véase también G. Orfield y Ch. Lee, *Historic Reversals, Accelerating Resegregation, and the Need for New Integration Strategies*, cit.

of New Kent County. Dado que este condado solo tenía dos escuelas –una negra, otra blanca– estaba muy claro cómo lograr «un sistema sin una escuela "blanca" y una escuela "negra", sino simplemente con escuelas»[91]. Como sugirió el juez Brennan, el condado podía simplemente transportar en autobús a todos los niños a un lugar para la escuela elemental y, luego, utilizar el otro lugar para los grados superiores.

En cambio, *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* surgió en la principal área metropolitana de Charlotte-Mecklenburg, Carolina del Norte, donde el 29 por 100 de los ochenta y cuatro mil escolares de la región eran negros. Pero estaban concentrados en el núcleo urbano. ¿Qué significaba aquí la insistencia de *Green v. County School Board of New Kent County* en eliminar las escuelas «blancas» y «negras»?

El tribunal federal de distrito se tomó *Green v. County School Board of New Kent County* al pie de la letra. Aprobó un agresivo plan de abolición de la segregación, que tenía como objetivo un ratio del 29 por 100 de estudiantes negros frente al 71 por 100 de estudiantes blancos en cada una de las ciento ocho escuelas de la región, «de modo que no haya base para afirmar que una escuela es racialmente diferente de las demás»[92]. Hablando en nombre de un Tribunal unánime, el presidente Burger respaldó el plan de trasladar en autobús a los estudiantes más allá de los límites entre el centro y la periferia urbanos, pero una vez más obtuvo la unanimidad a costa de suprimir las ideas originales de Warren recogidas en *Brown v. Board of Education*.

La pérdida puede medirse comparando el dictamen publicado de Burger con este borrador procedente de los archivos de Brennan, que nunca vio la luz del día[93]:

> La separación de las razas se consideró inconstitucional en *Brown v. Board of Education*, porque estigmatizaba a los miembros de la raza

---

[91] Como el propio Burger afirmaba en un memorándum confidencial: «Muchos jueces previeron que este Tribunal ordenaría un equilibrio racial en todas las escuelas, "para que no hubiera fundamento para defender que una escuela es racialmente diferente de las demás". En determinados aspectos, ambos tribunales [inferiores] previeron correctamente *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, pero en el aspecto del equilibrio racial se equivocaron si efectivamente pensaban que esta sería la forma en que soplaría el viento», Justice Burger, «Memorandum to Conference Re: Wright v. City of Emporia», 16 de marzo de 1972, pp. 19-20, Stewart Papers, Box 80, Folder 703, Yale University.

[92] *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Educ*ation, p. 23.

[93] Justice Brennan, «Memorandum of Justice Brennan in *Swann*», marzo de 1970, Brennan Papers, Box I: 243, Folder 1, National Archives. La fecha de marzo es engañosa, ya que el *certiorari* solo se emitió el 29 de junio de 1970. El misterio se resuelve con un memorándum en el que se revisa el plazo de 1970 escrito por los ayudantes de Brennan, que indica que este preparó el borrador en julio de 1970 en respuesta a un memorándum del 27 de junio distribuido por Douglas en conexión con el *certiorari*. Véase Loftus Becker, Richard Cotton y Michael Moran, «Opinions of Justice Brennan: 1970 Term», pp. xxvi, Brennan Papers, Box II: 6, Folder 6, Library of Congress.

> negra; es decir, se consideró que la segregación racial que implica la acción estatal refleja una política o juicio público según los cuales los negros son inferiores a los blancos. El Tribunal consideró que como consecuencia de este estigma (este estigma de una inferioridad oficialmente determinada) los escolares negros sufrían un daño psicológico y una privación educacional. Sin embargo, el meollo de la segregación no son las desventajas psicológicas o educativas; aunque no hubiese pruebas de que la segregación produce daños psicológicos o educacionales, la segregación de las razas negaría aun así la igual protección por el hecho de estigmatizar a una raza como inferior. Y esto, en virtud de la Decimocuarta Enmienda, no puede hacerlo ningún estado.
>
> Dado que, a mi modo de ver, el mal de la segregación era el estigma, el objetivo y el propósito de la abolición de la segregación es la eliminación del estigma. Un sistema escolar unitario es aquel en el que la asignación del alumnado, la asignación del profesorado, la ubicación de la escuela, el reparto de instalaciones, etcétera, no estigmatizan a ninguna raza. Un sistema segregado *de iure* es aquel cuyas políticas han estigmatizado y siguen estigmatizando a una raza […].
>
> ¿Qué se necesita para eliminar el efecto estigmatizador de la separación racial en un distrito escolar previamente segregado *de iure*? Claramente, la mera revocación de las leyes segregadoras no es suficiente si deja la situación de separación racial sustancialmente igual que antes. La única forma de eliminar el estigma de la separación racial es conseguir una integración sustancial. Esto no significa que hasta el último niño negro tenga que asistir a una escuela integrada; tampoco significa, necesariamente, que no pueda existir constitucionalmente una escuela negra en un distrito particular. Lo que significa es que tiene que haber suficiente mezcla de razas en todo el sistema escolar público de modo que cualquier separación racial restante pueda atribuirse no a una política estatal pasada o presente, sino a otros factores como la segregación residencial *de facto*, los obstáculos físicos a la asistencia a zonas escolares más grandes, etcétera.

Este texto identifica tres elementos clave de la lógica original de *Brown v. Board of Education*, recapitulando temas que ya exploramos en el capítulo 7. El primer punto de Brennan distingue «estigma» de «desventajas psicológicas o educacionales». La tarea central del Tribunal no es hacer de psicólogo o de pedagogo, sino interpretar el significado social: «[…] aunque no hubiese pruebas de que la segregación produce daños psicológicos o educacionales, la segregación de las razas negaría aún así la igual protección por el hecho de estigmatizar a una raza como inferior». Para determinar si esta estigmatización se ha producido, el juez tiene que basarse en Karl Llewellyn, no en Kenneth Clark, y utilizar su «sentido de la situación» para captar los significados dominantes de las prácticas sociales.

El carácter interpretativo de este ejercicio es puesto de relieve por el segundo gran punto de Brennan: «La única forma» de eliminar el estigma dominante es crear «la suficiente mezcla de razas en todo el sistema escolar público» para dejar claro que «la separación racial restante no es atribuible a ninguna política estatal, pasada o presente». Un juez de distrito no puede hacer esta determinación sin implicarse en la vida de la comunidad para captar la interpretación dominante de un patrón u otro de abolición de la segregación.

Tras identificar la trascendencia crucial del significado social, el tercer gran movimiento de Brennan es reafirmar el planteamiento de *Brown v. Board of Education* de abordar «una esfera tras otra» en el proceso de eliminación de la humillación institucionalizada. Su texto se concentra exclusivamente en el hecho de si las acciones *del sistema escolar* estaban imponiendo una etiqueta estigmatizadora a los negros. Brennan se niega a ir más allá de la esfera de la educación e insiste en que las juntas escolares tengan en cuenta el impacto de la discriminación en otras esferas.

Ninguno de estos puntos sobrevive en el dictamen publicado por el juez Burger. Su borrador inicial contenía una mención de pasada al «estigma de inferioridad» impuesto por la segregación, pero eliminaba la referencia para apaciguar al juez Black[94]. Reconociendo el imperativo pragmático de cerrar filas, Brennan ni siquiera hizo circular su borrador del «estigma» entre sus colegas[95]. Al fin y al cabo, *Swann* simplemente afirmaba que «las instalaciones educacionales separadas son inherentemente desiguales» sin explicar por qué[96].

Esto produjo una confusión predecible en la discusión de Burger de la insistencia de *Green v. County Education Board of New Kent County* en la eliminación de escuelas «blancas» y «negras». Explicó que ello no significaba que los tribunales requiriesen que «cada escuela de cada comunidad […] reflejase la composición racial del sistema escolar considerado en su

---

[94] El borrador inicial de Burger respaldaba el transporte escolar opcional para los escolares negros «a fin de mitigar aquellos casos particularmente difíciles para quienes consideran que formar parte de una mayoría escolar racial constituye un "estigma de inferioridad"». El borrador de Swann se divulgó el 11 de enero de 1971, Black Papers, Box 436, Library of Congress, p. 29. El juez Black objetó inmediatamente: «La expresión "estigma de inferioridad", en mi opinión, va a generar todo tipo de problemas. Ningún tribunal debería, creo yo, ordenar que un estado proporcione una "transferencia opcional" de alumnos, porque dichos alumnos sugieran que tienen una sensación psicológica de un "estigma de inferioridad". Esta sugerencia solo sirve, a mi modo de ver, para perpetuar más y más demandas y simplemente para prolongar indefinidamente cualquier esperanza de solucionar el probema escolar relacionado con la raza», Justice Hugo Black, «Letter to the Chief Justice» (13 de enero de 1971), Box 436, Black Papers, Library of Congress.

[95] Véase Loftus Becker, Jr., Richard Cotton y Michael Moran, «Opinions of William J. Brennan Jr. October Term 1970», *Case Histories*, Brennan Papers, Box II: 6, Folder 6, Library of Congress, p. xxvi. Este ejemplo relatado por unos auxiliares legales simplemente explica que Brennan no hizo circular su borrador y no especula acerca de las razones que tuvo para no hacerlo, aunque, como sugiero en el texto, son bastante obvias.

[96] Véase *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Educ*ation, p. 12.

conjunto». De hecho, había «circunstancias [en las que] determinadas escuelas podían seguir siendo total o en gran medida de una sola raza»[97]. Todo esto hubiera sido lógico en el planteamiento de Brennan, que relacionaba el intento de abolir la segregación con el objetivo más amplio de eliminar el estigma.

Pero ahora que Burger había eliminado todas las referencias a los motivos motrices de *Brown v. Board of Education*, se topaba con problemas para conciliar su declaración constitucional de principio con el caso que tenía ante él, dado que la orden general de *busing* incluida en *Swann* parecía tener como objetivo un ratio negros-blancos del 29/71 por 100 en todas y cada una de las escuelas. Si el Tribunal Supremo revocaba el fallo del tribunal inferior, sin embargo esto, habría interrumpido la dinámica del cumplimiento en un momento crítico. Burger respondió a este aprieto autoinfligido recaracterizando el uso que hacía del gobierno por los números el tribunal inferior. En vez de funcionar como «norma», explicaba, el ratio 29/71 era simplemente el «punto de partida» en el ejercicio de la discreción equitativa, punto de partida legítimo teniendo en cuenta la historia de intransigencia desplegada por Charlotte-Mecklenburg, que se prolongaba ya durante quince años.

Green, Alexander, Swann: en cada uno de estos tres casos, el Tribunal Supremo hablaba el lenguaje del mando, desplegando un frente unido ante el presidente y el Congreso, pero a costa de eludir una discusión de principio básica. En cada caso, la estrategia fue exitosa. Cuando Burger confirmó la desegregación radical de las escuelas de Charlotte-Mecklenburg, Nixon lo secundó con su compromiso con el «imperio de la ley». Si bien el Departamento de Justicia se había opuesto previamente al planteamiento formalista del tribunal de distrito, respaldaba el pronto cumplimiento de la orden del Tribunal Supremo. Los dirigentes políticos de Charlotte-Mecklenburg aceptaron el plan, transformando su sistema metropolitano en un símbolo vivo de la aceptación por parte del Sur de la legitimidad de *Brown v. Board of Education*. Dado que la Administración de Nixon contribuía a crear coaliciones políticas propicias en todo el Sur, *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Educ*ation tuvo una importancia fundamental para terminar con la resistencia regional.

Este episodio sirve como una excepción inmensamente importante al patrón general que hemos estado elaborando. En áreas tan diversas como el empleo, la vivienda, los establecimientos públicos y el voto, fueron el presidente y el Congreso quienes llevaron la ley y su cumplimiento más allá de

[97] Burger sugería que las escuelas mayoritariamente negras eran aceptables «hasta que puedan proporcionarse nuevas escuelas» o hasta que «cambien los patrones del barrio»; esta última condición implicaba que en algunos casos serían un rasgo permanente, *ibid.*, p. 26.

lo que había previsto previamente el Tribunal Supremo. Pero en el ámbito de la educación pública, el liderazgo de este siguió siendo absolutamente crucial. Ni siquiera en esta esfera pudo el Tribunal llevar a cabo la tarea de acabar con la resistencia sureña por sí solo. Las nuevas herramientas para hacer cumplir la ley proporcionadas por la *Civil Rights Act* y el uso agresivo que de estas herramientas hizo el HEW de Lyndon B. Johnson fueron esenciales para hacer realidad la promesa de *Brown v. Board of Education*. Sin embargo, correspondía a Richard Nixon dar el paso final y se negó a darlo yendo más allá de lo ordenado por el Tribunal.

Actuando decisivamente en *Green, Alexander* y *Swann*, el Tribunal acorraló a Nixon. Tanto por razones políticas como de principio no estaba preparado para repetir el papel de Orval Faubus y catalizar otro ciclo de resistencia masiva en el Sur. No le quedaba otra opción que ayudar a construir coaliciones transraciales en el Sur para transformar las órdenes del Tribunal en realidades educativas.

Este triunfo del liderazgo judicial fue extraordinariamente importante. El legado de la revolución de los derechos civiles habría sido muy diferente si el senador Stennis y sus amigos hubiesen preservado el sistema público escolar segregado en Misisipi y en otras partes. Pese a las recaídas ocurridas en las últimas décadas, lo cierto es que *Brown v. Board of Education* se cumplió en el campo de su aplicación original: la integración se convirtió en la ley viva del Sur, y eso no fue poca cosa.

XII
EL CAMBIO A TIEMPO

La notable victoria del Tribunal Supremo generó nuevos dilemas a medida que la lucha por la abolición de la segregación avanzaba hacia el Norte. Si bien Nixon había contribuido decisivamente a la abolición de la segregación en el Sur, había puesto de relieve que el Tribunal no había condenado la discriminación *de facto*, poniendo a los jueces sobre aviso de que no podrían contar con el presidente para protegerles de la reacción política si avanzaban más en la condena de la segregación vigente en el Norte. En el mejor de los casos el presidente podría hacerse a un lado; en el peor, podría dar su respaldo a un ataque del Congreso a la independencia judicial.

Si bien los riesgos políticos eran obvios, la victoria del Tribunal en el Sur también generó peligros más sutiles para su integridad doctrinal. Con el Departamento de Justicia amenazando con desobedecer las órdenes del Tribunal en *Alexander v. Holmes County Board of Education*, este postergó una discusión potencialmente divisiva de las implicaciones futuras de *Brown v. Board of Education*. En vez de pelear por principios fundamentales era más importante presentar un frente unido para obligar a Nixon a seguir con la abolición de la segregación en el Sur. Pero cuando los jueces miraban hacia el Norte no podían seguir postergando el debate sobre los principios. Cuando empezaron a llegarles casos de Denver y de Detroit, ya no tenían que abordar más casos de escuelas que separaban públicamente a los negros de la «raza superior». Todas las escuelas estaban formalmente abiertas a todas las razas, pero la mayoría de negros asistía a escuelas cercanas al gueto, que estaban rodeadas de escuelas mayoritariamente blancas situadas en el área metropolitana que lo circundaba. Si este patrón era inconstitucional, el Tribunal tendría que explicar por qué.

El dictamen original de Warren en *Brown v. Board of Education* proporcionaba una manera de avanzar: de acuerdo con su planteamiento, los tribunales explorarían las formas en que las escuelas del gueto humillaban sistemáticamente a los niños negros pese a la ausencia de un sistema de asignación explícitamente racista. Pero también cabía la posibilidad de

dejar atrás los principios originales de *Brown* y construir un marco diferente para los problemas característicos que estaban ocupando ahora el primer plano.

El ritmo rápido de los litigios obligó al Tribunal a explorar sus opciones a toda velocidad. El gran debate empezó con el caso *Wright v. Council of City of Emporia*, decidido en junio de 1972. Aunque este caso venía del Sur, sus hechos especiales invitaban al Tribunal a situarse al nivel de los principios fundamentales. En una notable muestra de unanimidad, los cuatro magistrados designados por Nixon y los cinco que quedaban del Tribunal de Warren reafirmaron el principio de la antihumillación de *Brown v. Board of Education*. Pero el Tribunal abandonó el enfoque de Warren al año siguiente, en su primera confrontación directa con la segregación característica del Norte en *Keyes v. School District Nº 1, Denver*[1]. Si bien el juez Brennan improvisó una mayoría para apoyar una orden de *busing* en toda la ciudad de Denver, se apartó del principio de la antihumillación a favor de un enfoque más legalista, que subrayaba las malas intenciones de los funcionarios escolares.

El giro de Brennan hacia el legalismo no fue suficiente para desviar un asalto político creciente al liderazgo del Tribunal. La oposición desde abajo al transporte escolar en el norte del país empezó a ganar una significativa atención del Capitolio. Al acercarse las elecciones de 1972, Nixon pidió al Congreso que aprobase restricciones en las órdenes de transporte escolar, una legislación que amenazaba gravemente la independencia judicial. Los progresistas del Norte se vieron obligados a recurrir a un desesperado obstruccionismo en el Senado para frenar la propuesta inspirada en Nixon. Estas espectaculares escenas tenían un alto significado simbólico. Durante la última generación habían sido los intransigentes sureños, no los progresistas del Norte, quienes recurrían al obstruccionismo para impedir un cambio fundamental; ¿significaba este cambio de rol que el pueblo estadounidense estaba cambiando de bando y pidiendo el fin del liderazgo constitucional del Tribunal?

Después de que *Keyes* ratificase el *busing* en el Norte, esta cuestión volvió a la fase constitucional con renovada intensidad en 1974. Con la oposición desde abajo cada vez más fuerte, las instituciones políticas estaban amenazando la independencia del Tribunal Supremo de una manera similar al famoso asalto de Roosevelt al viejo Tribunal Supremo en 1937, solo que esta vez eran un Congreso *conservador* y el presidente los que dirigían el ataque contra un Tribunal *progresista*. Esta situación creó el marco para el precipitado repliegue de los jueces respecto al *busing* en su decisión de *Milliken v. Bradley* hecha pública en 1974, que, como sucedió en 1937 con el repliegue del viejo Tribunal Supremo, fue un momento decisivo en la historia constitucional.

---

[1] *Keyes v. School District Nº 1, Denver*, 413 U.S., 1973, p. 189.

Esta historia de cambios súbitos –desde la reafirmación por parte de *Wright v. Council of City of Emporia* del principio de la antihumillación de *Brown v. Board of Education* (1972), pasando por el giro de *Keyes v. School District Nº 1, Denver* hacia el legalismo (1973), hasta el cambio a tiempo de *Milliken v. Bradley* (1974)– plantea determinadas cuestiones obvias: ¿podría haber evitado el Tribunal la necesidad de una confrontación de alto riesgo si *Keyes* no se hubiese apartado de la afirmación contenida en *Wright v. Council of City of Emporia* de la jurisprudencia sociológica de *Brown v. Board of Education*? Y de un modo más general, ¿en qué se parece el giro de 1974 al giro histórico de 1937 y en qué difiere de él?

Nixon llena el vacío

Retomo la historia el 24 de marzo de 1970. La iniciativa del Tribunal respecto al transporte escolar en *Alexander v. Holmes County* había situado la abolición de la segregación del Sur en la agenda personal de toma de decisiones de Nixon. Al mismo tiempo, los jueces del Norte estaban empezando a atraer la atención nacional con sus propias decisiones agresivas, concretamente en Los Ángeles, donde un tribunal de distrito californiano había publicado un decreto contundente con el objetivo de conseguir el equilibrio racial en cada una de las quinientas sesenta y una escuelas existentes en los 1841 kilómetros cuadrados del distrito. Como los blancos se movilizaron para defender sus escuelas suburbanas, el transporte escolar se estaba convirtiendo en un problema nacional[2].

Nixon respondió con una estudiada declaración definiendo la manera de avanzar. Ya hemos considerado la forma en que configuró la política presidencial en el Sur, pero también tuvo un impacto importante en la «estrategia norteña» del presidente. Para preparar la iniciativa de la Casa Blanca, los progresistas Ray Price y Leonard Garment tendieron la mano a dos gigantes académicos como Alexander Bickel y James Coleman. Estos estudiosos estaban sinceramente comprometidos con los derechos civiles, pero ya estaban buscando alternativas innovadoras al transporte escolar[3].

---

[2] De hecho, la orden contundente del tribunal de distrito en *Crwaford v. Board of Education* generó «muy pocos progresos en la abolición de la segregación real de las escuelas públicas de Los Ángeles», dado que solo consiguió provocar un incremento de los litigios durante más de una década. Jack Schneider, «Escape from Los Angeles: White Flight from Los Angeles and Its Schools», *Journal of Urban History*, vol. 34 2008, pp. 995, 999-1000. Sin embargo, la decisión generó una gran ansiedad, igual que las campañas por la integración en otras ciudades septentrionales, incluso cuando ello no traía aparejadas órdenes de los tribunales, sino que utilizaba la amenaza del litigio para inducir a las juntas escolares a crear planes de transporte escolar por propia iniciativa. Véase David Kirp, «The Bounded Politics of School Desegregation Litigation», *Harvard Educational Review*, vol. 51, 1981, p. 395.

[3] Véase James Reichley, *Conservatives in an Age of Change: The Nixon and Ford Administrations*, Washington DC, Brookings Institution Press, 1981, pp. 190-192, 305; J. Bolner y R. Shanley, *Busing: The Political and Judicial Process*, cit., p. 145.

Basándose en su trabajo, Nixon desarrolló una posición notablemente sofisticada, que contenía un estudio magistral de las decisiones judiciales (Bickel), una evaluación de los datos sociológicos (Coleman) y una considerada –aunque muy polémica– visión de futuro[4].

Nixon reconocía que el *busing* podría ser constitucionalmente necesario para destruir los sistemas de Jim Crow imperantes en el Sur, pero sostenía que la segregación *de facto* en el Norte planteaba cuestiones totalmente diferentes: «Es natural y correcto que tengamos barrios italianos o irlandeses o negros o noruegos; es natural y correcto que los miembros de dichas comunidades tengan un sentimiento de identidad de grupo y orgullo grupal»[5]. En la medida en que el estado no tildase públicamente a los negros de inferiores, sostenía Nixon, la homogeneidad de ciertos barrios podía ser una fuente de orgullo, no de humillación. También se enfrentaba a la idea según la cual «una escuela predominantemente negra es automáticamente inferior, [aunque] no sea el producto de un sistema dual» y declaraba que tal idea «tenía indiscutiblemente connotaciones racistas»[6]. Nixon no invocaba explícitamente un principio de «antihumillación» al distinguir la segregación *de facto* de la segregación *de iure*[7]. Sin embargo, sus afirmaciones clave eran que la homogeneidad étnica o racial por sí misma no humilla y que lo que sí *era* humillante era decirles a los niños negros que no podían aprender de un modo eficaz sin modelos de rol blancos.

---

[4] Richard Nixon, «Statement About Desegregation of Elementary and Secondary Schools» 24 de marzo de 1970, *American Presidency Project*, en http://bit.ly/2HVQ2Lf.

[5] *Ibid.* Esta frase aparece en una sección notablemente filosófica, «A Free and Open Society»:

> Una sociedad abierta no tiene que ser homogénea o completamente integrada. Hay lugar en ella para muchas comunidades. Especialmente en una nación como Estados Unidos es natural que las personas con una herencia común mantengan unos lazos especiales; es natural y correcto que tengamos barrios italianos o negros o irlandeses o noruegos; es natural y correcto que los miembros de estas comunidades tengan un sentimiento de identidad de grupo y orgullo grupal. En una sociedad abierta lo que importa es la movilidad: el derecho y la capacidad de cada persona para decidir por sí misma dónde y cómo quiere vivir, si como parte de un enclave étnico o como parte de una sociedad más amplia, o como hacen muchas personas, compartir la vida de ambos. Somos más ricos gracias a nuestra diversidad cultural; la movilidad es lo que nos permite disfrutar de ella. La movilidad económica, educativa y social son también elementos esenciales de una sociedad abierta. Cuando hablamos de igualdad de oportunidades queremos decir exactamente esto: que cada persona tiene que tener las mismas oportunidades que las demás en la línea de salida.

Ibid. La declaración sigue luego con una lista de la serie de iniciativas de Nixon inspiradas por este objetivo, incluido el Plan de Filadelfia para la acción afirmativa en el empleo, y el revolucionario programa de Nixon de ayuda a la familia, que habría sustituido el bienestar tradicional por una renta anual garantizada, pero que fue finalmente rechazado por una curiosa coalición de conservadores y progresistas en el Congreso. Véase Daniel Moynihan, *The Politics of a Guaranteed Income: The Nixon Administration and the Family Assistance Plan*, Nueva York, Random House, 1973.

[6] *Ibid.*

[7] Nixon invoca el «orgullo» étnico –lo contrario de la «humillación»– en su argumentación, véase *ibid.*.

Los datos de las ciencias sociales, reconocía Nixon, sugerían que la mezcla racial podía muy razonablemente tener efectos positivos en los resultados educativos. Pero insistía en que las escuelas negras generaban unos resultados pobres principalmente «debido a que sirven a niños pobres que a menudo carecen de un entorno familiar que aliente el aprendizaje». En su opinión, era la clase, no la raza, lo que estaba en el corazón del problema, además del hecho de no proporcionar a las escuelas negras el dinero necesario para dar una respuesta adecuada a estos déficits de aprendizaje de origen clasista. Para cubrir ese agujero financiero, proponía una asignación especial de 1,5 millardos de dólares que daría financiación prioritaria a «aquellos distritos que tienen más camino que recorrer para ponerse educativamente a la altura del resto de la nación»[8]. Nixon también pedía una serie de medidas innovadoras que mejorasen el aislamiento racial, pero que «no privasen al estudiante de la escuela de su propio barrio»[9]. Hay muchas cosas más en la declaración de Nixon[10]. Pero ya he dicho lo suficiente para sugerir que presentaba un argumento fuerte –si bien obviamente polémico– cuando sostenía que una vez desmantelado el sistema escolar de corte sureño, los tribunales no deberían concentrarse en un *busing* agresivo. Si bien el aislamiento racial era algo malo, había muchas formas innovadoras de compromiso interracial que no privaban a las comunidades de sus escuelas de barrio.

El Congreso estaba llegando a la misma conclusión esencial, pero mediante un proceso más confuso. Mientras la ansiedad pública recorría el país, la Cámara de Representantes se estaba convirtiendo en un semillero de sentimiento opuesto al *busing*, mientras el proyecto de ley de asignaciones anuales para el HEW se convertía en la ocasión de aunar esfuerzos para incluir cláusulas adicionales denunciando categóricamente la amenaza de una intervención judicial masiva. El congresista de Misisipi Jamie Whitten se puso a la cabeza de una campaña anual para prohibir que el HEW utilizase el dinero federal para «exigir el *busing* estudiantil». Pese a su transparente intento de blindar los sistemas de Jim Crow, las iniciativas de Whitten obtuvieron regularmente el apoyo de las mayorías en la Cámara de Representantes a partir de 1968. Sin embargo, el Senado y el comité conjunto Cámara-Senado añadían regularmente determinados cambios de redacción a las cláusulas adicionales de Whitten, que las hacían legalmente

---

[8] *Ibid.*

[9] *Ibid.* Nixon también especificaba otras dos prioridades para la nueva financiación federal. Esta parte de su agenda apuntaba a los problemas sociales relacionados con la transición en el Sur a los sistemas escolares unitarios.

[10] Por ejemplo, Nixon ponía de relieve el problema de la fuga de los blancos y la imposibilidad práctica de acabar con todos los desequilibrios raciales en las escuelas, dada la concentración de niños negros en los guetos urbanos. Pero mi texto subraya los aspectos más filosóficos y legales de la posición del presidente.

insignificantes, mientras la Cámara hacía acto de presencia cuando la versión atenuada regresaba para la aprobación final[11].

Pero en 1970, el senador Stennis de Misisipi dio con una argucia inteligente que no implicaba la prohibición del *busing*. Su propuesta declaraba que el paquete de políticas públicas nacionales debería tratar todas las instancias de segregación por igual, independientemente de si surgían de una asignación racial explícita o de determinados patrones residenciales[12]. Argumentando a favor de un solo estándar nacional, Stennis hacía un intento desesperado de salvar de una muerte inminente al sistema de Jim Crow de su estado. Confiaba en que una vez que las comunidades del Norte se sintiesen en peligro por el *busing* ordenado por los tribunales, la reacción blanca sería tan formidable que obligaría a los tribunales a interrumpir también su campaña en el Sur.

La maniobra claramente racista de Stennis se transformó cuando el senador de Connecticut del ala más progresista Abraham Ribicoff se le unió como copatrocinador:

> Lo cierto es que el racismo es un fenómeno endémico en todo el país […].
>
> Nuestro problema no es solo el sistema dual de educación, que todavía existe dieciséis años después de que el Tribunal Supremo lo revocase en 1954.
>
> El problema más fundamental es la sociedad dual, que existe en cada área metropolitana, la sociedad negra del centro de la ciudad y la sociedad blanca de las áreas suburbanas.
>
> La segregación masiva no existe porque hayamos segregado nuestras escuelas, sino porque hemos segregado nuestros barrios[13].

Las declaraciones de Ribicoff dividieron la coalición de los derechos civiles. El senador Peter Dominick de Colorado sostenía que el remedio de Ribicoff no se correspondía con su diagnóstico. Si el problema era el racismo en el mercado inmobiliario, la solución correcta era el cumplimiento riguroso de la *Fair Housing Act*, no el *busing* agresivo entre áreas negras y blancas[14].

---

[11] El lenguaje de Whitten cambiaba de año en año, pero su objetivo primordial era el mismo. Las versiones senatoriales de la iniciativa de Whitten también cambiaban anualmente, pero el resultado final era también el mismo: la conferencia Cámara-Senado privaba a las cláusulas adicionales de Whitten de efectividad legal. Las formulaciones cambiantes se consignan en J. Bolner y R. Shanley, *Busing: The Political and Judicial Process*, cit., pp. 63-92. Para una visión penetrante de la dinámica política que dirigía el proceso legislativo, véase Gary Orfield, «Congress, the President, and Anti-Busing Legislation», *Journal of Law and Education*, vol. 4, 1975, p. 81.

[12] 116th *Congressional Record*, 1970, pp. 2933-2934 (con el texto de la Enmienda de Stennis).

[13] *Ibid.*, 1970, p. 2892.

[14] Estas son las palabras exactas del senador Dominick: «A mí me parece que cuando hay una ley de la vivienda justa que permite a la gente, de una manera razonable, cuando tiene el deseo y los

La réplica de Dominick suscitó un tema fundamental. Ribicoff estaba efectivamente desafiando la lógica esfera por esfera iniciada en *Brown v. Board of Education* y proseguida en las leyes-hito. Estaba instando a sus colegas a afrontar «el problema más fundamental» planteado por la «sociedad dual»[15]. Su enmienda habría requerido un planteamiento uniforme de las «condiciones de segregación racial, *tanto de iure [sic] como de facto*»[16]. Ello habría dejado que los tribunales decidiesen si tenían que ralentizar el *busing* en el Sur o proceder agresivamente en el Norte. Pero en cualquier caso, acabaría con la «hipocresía monumental» implícita en la pretensión de que la segregación en el Norte era fundamentalmente diferente de la variedad de Jim Crow[17].

Los líderes demócratas y republicanos del Senado no estaban en absoluto dispuestos a conceder este punto. Para Mike Mansfield y Hugh Scott había una gran diferencia entre *de iure* y *de facto*; el Tribunal Supremo había condenado la primera pero no la segunda. Y hasta que el Tribunal se pronunciase era desatinado que interviniese el Congreso. Su enmienda autorizaba el *busing* solo para acabar con el régimen de Jim Crow.

Cuando el debate alcanzó su punto culminante, ambos bandos invocaron a Nixon, y Stennis recitó las ocasiones en las que el presidente se había opuesto explícitamente al *busing*[18]. Pero el misisipiano confiaba demasiado

---

medios económicos para hacerlo, mudarse donde quiera, hemos resuelto el problema básico de si existe o no segregación intencional por lo que respecta a las escuelas», *ibid.*, p. 2900. En el debate que siguió se desarrollaron variaciones sobre el tema.

El senador Mondale utilizó una táctica diferente. También él se oponía a Ribicoff por razones de gradualidad en las políticas en cada una de las esferas sociales, pero sostenía que el Senado tenía que crear un comité especial para investigar los impactos en cada una de ellas y presentar una nueva serie de reformas, 116th *Congressional Record*, 1970, pp. 3577-3581.

[15] *Ibid*, pp. 3577-3581. El discurso tuvo un impacto inmediato: «El discurso de Ribicoff fue primera plana en los periódicos de todo el país. Los progresistas denunciaron rápidamente a Ribicoff y a la Enmienda Stennis por convertir «la culpa liberal en el júbilo segregacionista» y porque «el efecto acumulativo del debate desencadenado por la enmienda de Stennis había sido el de cuestionar las políticas progresistas que habían sido dadas casi por descontadas desde la aprobación en 1964 de la *Civil Rights Act*», Joseph Crespino, «The Best Defence is a Good Offense: The Stennis Amendment and the Fracturing of Liberal School Desegregation Policy, 1964-1972», *Journal of Policy History*, vol. 18, 2006, pp. 314-316.

[16] 116th *Congressional Record*, p. 3576 (17 de febrero de 1970) y 116th *Congressional Record*, pp. 3779-3788 (18 de febrero de 1970). Stennis-Ribicoff pidieron inicialmente un estándar uniforme al tratar de las «condiciones de segregación». Scott-Mansfield respondieron limitando el alcance de la propuesta a las «condiciones de segregación *inconstitucionales*», restringiendo de este modo su aplicación a los tipos condenados por el Tribunal Supremo. Ribicoff captó inmediatamente este punto y denunció esta adición de una sola palabra, porque se aplicaba solo «a los estados sureños, mientras que los estados septentrionales tendrían la victoria asegurada», *ibid.*, p. 3580. Para dejar claras sus intenciones en sentido contrario, cambió la enmienda Stennis-Ribicoff para requerir un planteamiento uniforme en cuanto a «las condiciones de segregación, *tanto de iure como de facto*», 116th *Congressional Record*, 1970, p. 3590 (las cursivas son mías).

[17] Véase *ibid.*, p. 2892.

[18] El 12 de febrero la Casa Blanca todavía estaba dirigiéndose a Stennis: «El presidente se ha opuesto sistemáticamente, y sigue oponiéndose, al *busing* obligatorio de los escolares para con-

en la «estrategia sureña» de la Administración. Tras una reunión del presidente con los líderes republicanos, la Casa Blanca pasó a refrendar una nueva versión de la enmienda de Hugh Scott, que seguía centrándose exclusivamente en la eliminación de las escuelas de Jim Crow. Una vez también a bordo la dirección demócrata, la enmienda de Scott-Mansfield tenía el apoyo de todo el *establishment*[19].

Sin embargo, sufrió una apabullante derrota el 18 de febrero de 1970, cuando una extraña coalición de racistas sureños y un grupo del sector más progresista del Norte votó por cincuenta y seis votos contra treinta y seis apoyar a Stennis-Ribicoff[20]. Por un momento, el Congreso pareció arrebatar el liderazgo constitucional al Tribunal Supremo, difuminando la distinción entre segregación *de iure* y segregación *de facto* en la legislación estadounidense.

El momento fue pasajero. Cuando el proyecto de ley del Senado emergió del comité conjunto Cámara-Senado, la enmienda Stennis-Ribicoff había sido remplazada por la autorización más restringida del transporte escolar de Scott-Mansfield como una herramienta en contra de la segregación de corte sureño[21]. Tras las previsibles quejas, ambas cámaras se pusieron de acuerdo a comienzos de abril de 1970, dando el visto bueno a la aprobación del Congreso de los mismos principios que Nixon había

---

seguir el equilibrio racial […]. En la medida en que la enmienda de la "aplicación uniforme" ofrecida por el senador John Stennis representaría la aplicación igualitaria de la ley, tiene todo el apoyo de esta Administración». Nixon Administration Statement, 12 de febrero de 1970; reimpreso en 116th *Congress Record*, 17 de febrero de 1970, p. 3562. Dos días más tarde, la Administración seguía manifestando su neutralidad en el debate del Senado (Spencer Rich, «White House Neutral on Stennis Plan», *The Washington Post*, 14 de febrero de 1970, A1), solo para rechazar a Stennis tres días más tarde.

[19] La parte clave de la carta de la Casa Blanca, firmada por Bryce Harlow, reza: «Querido senador Scott: esto confirma que la siguiente redacción ha sido preparada por la Administración, que se la ha proporcionado a usted para su posible uso en el Senado […]: «Sec. 2. Es la política de Estados Unidos (1) que las directrices y criterios […] se apliquen uniformemente en todas las regiones de Estados Unidos cuando se aborden las condiciones *inconstitucionales* de la segregación racial en las escuelas de las agencias locales de educación de cualquier estado; (2) que ninguna agencia local de educación será obligada o requerida a transportar en autobús o de otra manera a los escolares para superar el desequilibrio racial» (las cursivas son mías). Dado que el Tribunal Supremo había condenado solo la discriminación *de iure*, la disposición aprobada por la Administración se aplicaba solo a los sistemas «inconstitucionales» prevalecientes en el Sur, hasta que los jueces condenasen también la segregación en el Norte. Véase 116th *Congressional Record*, 1970, p. 3785 (entrando la carta de la Casa Blanca en el registro).

[20] 116th *Congressional Record*, 1970, p. 3800. Para el desglose del voto, véase https://bit.ly/2xycFnL.

[21] Como explicó el senador Pell: «La Enmienda de Stennis fue duramente combatida en la conferencia […]. La conferencia […] se interrumpió dos o tres días debido a nuestra posición en ella. La redacción de compromiso […] la ofreció un miembro de la Cámara de Representantes», 116th *Congressional Record*, p. 8874, 24 de marzo de 1970. Además de requerir una política uniforme en todos los casos de segregación *de iure*, la versión final de Scott-Mansfield requería uniformidad en la aplicación de «cualquier otra política que pueda hacerse de conformidad con la ley […] respecto a la segregación *de facto*». Pero, como explicó el senador Pell, «actualmente no se aplica ninguna ley, porque la segregación *de facto* no ha sido declarada inconstitucional», *ibid.*

desarrollado en su declaración la semana anterior. Igual que el presidente, el Congreso respetaba la diferencia entre la segregación *de iure* y la segregación *de facto*, dejando que el Tribunal Supremo asumiese la carga, si rechazaba esta distinción en su campaña de *busing* en el Norte.

El siguiente movimiento lo hizo el Tribunal, que procedió a eludir las grandes cuestiones la primavera siguiente. En su dictamen unánime en *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, el presidente del Tribunal, el juez Burger, confirmó una orden de *busing* de gran alcance para Charlotte-Mecklenburg, Carolina del Norte. Pero la prioridad de los jueces era hacer frente a Richard Nixon y al Sur con un frente unido. No podían permitirse el lujo de un debate público sobre principios fundamentales que pudiera usarse para justificar más estancamientos[22]. Al exigir el fin inmediato de la segregación de corte sureño, el juez Burger se centró en la tarea que tenía a mano, dejando para más adelante las potenciales implicaciones que tenía el caso *Swann* en el Norte.

Swann también despejaba una cuestión compensatoria clave. Resulta que Charlotte era una ciudad estadounidense cuyas escuelas formaban parte de un distrito escolar metropolitano mucho mayor. Pero esto era relativamente excepcional. La mayoría de centros urbanos tenían barrios residenciales blancos con sus propias juntas escolares electas, que supervisaban sus propios sistemas escolares. Esto significaba que *Swann* no consideraba sí y cuándo un tribunal federal tenía que invalidar determinadas tradiciones de autogobierno local por barrios residenciales (blancos) específicos, obligándoles a aceptar estudiantes de las minorías del centro urbano.

El dictamen unánime de Burger mantuvo la presión sobre Nixon, pero sus evasivas doctrinales tenían un precio. Tanto si gustaba a los jueces como si no, era obvio que *Swann* intensificaría el debate nacional. La afirmación aparentemente incontrovertible del *busing* por parte del Tribunal alentaría con toda probabilidad a los jueces del Norte a explorar el terreno que *Swann* había dejado abierto, dando pie a lecturas agresivas del principio constitucional, que apoyaba las campañas del traslado de escolares en entornos formalmente desegregados. Esto, a su vez, catalizaría un amplio movimiento opuesto al *busing* en defensa de las escuelas de barrio durante un año electoral.

Desafío político y respuesta judicial: segundo asalto

El debate sobre *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* fue un momento decisivo para Richard Nixon. Nixon ya no estaba interesado en alternativas al *busing* que prometiesen reducir el aislamiento racial en los

[22] Véase capítulo 11.

guetos de los estados del norte del país[23]. Redujo el número de progresistas y sus consejeros académicos en la Casa Blanca y se basó sobre todo en los empleados más derechistas, como Charles Colson. Un mes después de *Swann*, Colson escribía: «A diferencia de otros temas, el del *busing* motiva claramente a los votantes. Es uno de los temas absolutamente decisivos en la mente del votante. Aguantará lo que tenga que aguantar, si tiene la sensación de que no solo estamos contra el transporte escolar, sino que no *podemos ni queremos hacer algo al respecto*»[24]. Las encuestas Gallup daban la razón a los partidarios de la línea dura, confirmando que el 76 por 100 de los estadounidenses estaban en contra del *busing* y solo el 18 por 100 a favor. Incluso los negros estaban muy divididos sobre el tema[25].

Los acontecimientos tomaron un cariz dramático cuando la asamblea legislativa progresista de Michigan prohibió financiar el *busing* entre distritos, estableciendo una política a escala del estado a favor de las escuelas de barrio[26]. La defección de Michigan de las filas progresistas fue provocada por el litigio federal en Detroit, que exigía efectuar transferencias masivas entre distintos distritos de escolares negros procedentes del núcleo urbano y de escolares blancos provenientes de los barrios residenciales para conseguir el equilibrio racial. En septiembre de 1971, el juez federal de distrito Stephen Roth empezó a considerar este decreto para el siguiente curso escolar[27], provocando «las manifestaciones más amplias y duraderas, no relacionadas con cuestiones laborales, de la historia de la ciudad» en unos barrios residenciales de clase media, que habían sido hasta entonces bastiones del Partido Demócrata[28].

La delegación del Congreso de Michigan se volvió fuertemente contra el *busing* de la noche a la mañana (con notables excepciones como la del senador Philip Hart y miembros de la Cámara de Representantes como John Conyers y Charles Diggs)[29]. Las consecuencias políticas se

---

[23] J. Reichley, *Conservatives in an Age of Change: The Nixon and Ford Administrations*, cit., p. 204.
[24] John Ehrlichman, *Witness to Power: The Nixon Years*, Nueva York, Simon and Schuster, 1982, pp. 221-222 (las cursivas son mías).
[25] George H. Gallup, *The Gallup Poll: Public Opinion, 1935-1971*, vol. 3, 1959-1971, 1972, p. 2328. Los sureños encabezaban la oposición con el 82 por 100, mientras que los habitantes del Medio Oeste representaban el 77 por 100, y tanto los del este como los del oeste del país estaban por debajo del 70 por 100. Incluso los negros se oponían con una horquilla del 47-45 por 100 a escala nacional, mientras el 8 por 100 no expresaba su opinión.
[26] David Riddle, «Race and Reaction in Warren, Michigan, 1971 to 1974: Bradley v. Milliken and the Cross-District Busing Controversy», *Michigan Historical Review*, vol. 26, 2000, pp. 1, 11.
[27] *Bradley v. Milliken*, 338 F. Supp. 582, 27 de setiembre de 1971.
[28] Véase D. Riddle, «Race and Reaction in Warren, Michigan, 1971 to 1974: Bradley v. Milliken and the Cross-District Busing Controversy», cit., p. 48.
[29] James O'Hara y William Ford, por ejemplo, habían sido candidatos progresistas para ocupar posiciones destacadas en la Cámara de Representantes, pero en 1971 se volvieron fervientemente contrarios al *busing*. Véase G. Orfield, «Congress, the President, and Anti-Busing Legislation», cit., pp. 102, 104.

hicieron evidentes cuando la Cámara de Representantes pasó a considerar el intento de Nixon de proporcionar liderazgo nacional sobre el tema. En su declaración de marzo sobre la abolición de la segregación escolar, Nixon había pedido la aprobación de la *Emergency School Aid Act*, que proporcionaba 1,5 millardos de dólares para ayudar a los distritos escolares a gestionar las órdenes de desegregación[30]. Temiendo que pudiera convertirse en un masivo «proyecto de ley pro *busing*[31]muchos Demócratas progresistas respaldaron una enmienda presentada por el representante republicano de Michigan William Broomfield, que suspendía las órdenes de *busing* de los tribunales de distrito mientras estuviesen en fase de apelación, aplazando el «momento de la verdad» durante años, o para siempre, en función de la resolución por parte del Tribunal Supremo de la siguiente ronda de casos[32]. Toda la Cámara respaldó esta iniciativa, así como otras que iban más allá de los anteriores intentos de Whitten de limitar el apoyo del HEW al *busing*[33]. Una vez

---

[30] Véase D. Moynihan, *The Politics of a Guaranteed Income: The Nixon Administration and the Family Assistance Plan*, cit.

[31] Cuando el congresista Collins (Texas) denunció la propuesta de Nixon considerándola como un masivo «proyecto de ley pro *busing*», fue apoyado por los congresistas Ford (Michigan), Gross (New Jersey) y Scherle (Iowa). Véase 116th *Congressional Record*, 1970, pp. 42218-42220.

[32] La enmienda de Broomfield estipulaba que «cualquier orden [...] de un tribunal de distrito de Estados Unidos que requiera la transferencia o el transporte de cualquier estudiante [...] a efectos de conseguir un equilibrio entre estudiantes con respecto a la raza [...] será pospuesta hasta que se hayan agotado todos los recursos de apelación», 117th *Congressional Record*, 1971, p. 39302. Esta enmienda fue aprobada por doscientos treinta y cinco votos a favor y ciento veinticinco en contra, con cincuenta y seis Demócratas norteños votando a favor. Véase «Busing Opponents: New Friends in the House», 118th *Congressional Record*, 1972, pp. 5719-5720. Para el desglose del voto, véase https://bit.ly/2vnZCEu.

Paradójicamente, la ambiciosa descripción por parte de Nixon de su iniciativa pudo haber contribuido a provocar este fuerte contraataque. Al pedir un mayor esfuerzo en la financiación puso de relieve la escala del intento de integración. «Aproximadamente doscientos veinte distritos escolares están ahora bajo la orden de un tribunal [...]; cuatrocientos cincuenta y seis distritos han presentado, están negociando o es probable que negocien planes para abolir la segregación [...]; otros doscientos setenta y ocho distritos están operando con planes iniciados en 1968 o 1969; más de quinientos distritos septentrionales están siendo actualmente revisados o es probable que lo estén pronto por posibles violaciones del Título VI de la *Civil Rights Act* de 1964», Richard Nixon, «Special Message to the Congress Proposing the Emergency School Aid Act of 1970» (21 de mayo de 1970), *American Presidency Project* en https://bit.ly/2vnUxw1.

[33] La enmienda de Ashbrook prohibía el uso de fondos federales para el *busing* «a fin de reducir el desequilibrio racial en las escuelas». La enmienda de Green prohibía al HEW que «instase a las escuelas a utilizar fondos locales o estatales para el transporte escolar. También prohibía a la agencia que condicionase cualquier subsidio federal a las decisiones sobre el transporte escolar y prohibía el uso de fondos federales para «adquirir o pagar el uso de equipos destinados a transportar niños de una escuela a otra», Sec. 2117. Finalmente, estipulaba que «ninguna parte de este título ha de interpretarse como requiriendo» la asignación de «determinados estudiantes a una escuela en función de las áreas geográficas de asistencia definidas a partir de criterios racialmente no discriminatorios [...] *tanto si el uso de estas áreas geográficas de asistencia tiene como resultado la completa desegregación de las escuelas de dicha agencia como si no*», Sec. 2118 (las cursivas son mías). Véase 117th *Congressional Record*, 1971, p. 39072. Los senadores sureños postergaron la aprobación de la *Emergency School Aid Act*, mientras *Swann* estaba pendiente ante el Tribunal Supremo, dejando las decisiones finales para más tarde.

más, estos intentos fueron desviados en el Senado, aunque por unos márgenes en las votaciones que pusieron de manifiesto un debilitamiento del nivel de apoyo por parte de los progresistas[34].

Estas maniobras fueron el prólogo de una posterior intensificación del debate. El congresista Norman Lent, de Nueva York, propuso una enmienda constitucional que estipulaba que «ningún estudiante de una escuela pública será asignado o requerido a asistir a una escuela en particular en virtud de su raza, credo o color de su piel»[35]. Cuando Emanuel Celler utilizó sus prerrogativas como presidente para frenar la propuesta de Lent en su Comité Judicial, varios miembros de la Cámara de Representantes hicieron circular una petición para llevarla al hemiciclo. A medida que los representantes acudían en masa a firmar, los números pasaron rápidamente del 51 por 100 necesario para desplazar del control al Comité Judicial. Cuando los firmantes pasaron del umbral del 33 por 100, Celler aceptó a regañadientes celebrar una vista sobre este repudio radical del Tribunal Supremo[36], durante la cual sesenta y nueve congresistas de todas las regiones del país se unieron para denunciar el *busing*. Solo tres congresistas se manifestaron a favor del mismo[37].

El Comité Judicial empezó su intensiva ronda de vistas durante las dos primeras semanas de marzo. Nadie negaba lo obvio: que la inmensa mayoría de estadounidenses se oponía firmemente a la campaña pro *busing* de los tribunales. La única cuestión seria era si una enmienda constitucional era la forma adecuada de expresar la amplitud de la oposición popular.

---

[34] Los progresistas del Senado apenas consiguieron rechazar (por cuarenta y ocho votos frente a cuarenta y siete) la enmienda contraria al *busing* más dura presentada por Robert Dole, de Kansas, que habría prohibido todas las órdenes de *busing* que «requiriesen que los alumnos fuesen transportados de una escuela a otra por razón de su raza, color, religión u origen nacional», 118th *Congress Record*, 1972, p. 6276. Pero no pudieron impedir que el Senado aceptase las enmiendas de Ashbrook y de Broomfield ya aprobadas por la Cámara de Representantes. Finalmente, la *Emergency School Aid Act* fue incorporada a la Enmienda sobre Educación de 1972 y firmada en forma de ley el 23 de junio de 1972 (P. L., pp. 92-318). La cláusula sobre las escuelas de barrio –sec. 2118, citada en la nota anterior– fue atenuada borrando las palabras «tanto si el uso de estas áreas geográficas de asistencia tiene como resultado la completa desegregación de las escuelas de dicha agencia como si no». La prohibición de la financiación fue enmendada para permitir la provisión de fondos «por petición expresa voluntaria y por escrito de las autoridades escolares locales correspondientes». La Enmienda de Broomfield, recogida en la nota 32, también fue suavizada antes de ser totalmente eviscerada por el juez Powell en *Drummond v. Acree*, 409 U.S., 1972, p. 1228.

[35] H. J. Res. 620 (6 de mayo de 1971). Véase también J. Reichley, *Conservatives in an Age of Change: The Nixon and Ford Administrations*, cit., p. 197.

[36] Véase G. Orfield, «Congress, the President, and Anti-Busing Legislation», cit.

[37] «School Busing: Hearings Before Subcom. Nº 5 of the Committee on the Judiciary, House of Representatives», 92nd Congress, 2nd Session, 1972. Hubo once días de sesiones entre el 28 de febrero y el 16 de marzo y nueve más durante el periodo de dos meses, que terminó el 24 de mayo. De los sesenta y seis congresistas que se opusieron al *busing*, quince eran del norte del país. Los tres representantes partidarios del *busing* eran James Corman (California), p. 1714, Augustus Hawkins (California), p. 461 y Charles Whalen (Ohio), p. 850.

La mayor parte de los congresistas estaban dispuestos a contestar que sí, e insistían en que el Artículo Cinco era la única manera efectiva de obligar a los tribunales a prestar atención a la voz del pueblo[38]. El tema devino todavía más explosivo el 13 de marzo, cuando George Wallace arrasó en las primarias presidenciales del Partido Demócrata celebradas en Florida obteniendo el 42 por 100 de los votos y ganando en todos y cada uno de los condados del estado. (Hubert Humphrey quedó segundo, a mucha distancia, con el 19 por 100 de los votos)[39].

Mientras Wallace ganaba impulso popular, Richard Nixon trató de adelantarse a la amenaza con un discurso que fue televisado el 16 de marzo[40]. El presidente había sugerido previamente que la ruta de la enmienda podía ser necesaria[41]. Ahora mantenía su postura pese al sorprendente consejo de derechistas como Spiro Agnew, que le dijo que «trivializaba la Constitución»[42]. En su discurso a la nación, Nixon mantuvo viva la opción de la enmienda, pero instó al Congreso a aceptar sus propuestas legislativas solo porque la revisión por medio del Artículo Cinco requería «demasiado tiempo»[43].

La iniciativa en dos fases de Nixon empezó con el proyecto de ley sobre la Moratoria del Transporte Escolar, que suspendía todos los decretos sobre este hasta el 31 de julio de 1973 y daría al Congreso la oportunidad de considerar su medida más sustantiva: el proyecto de ley de Igualdad de Oportunidades Educativas, que imponía una estricta serie de limitaciones a los tribunales, que pretendían poner remedio a las violaciones constitucionales. La propuesta hacía del *busing* el último recurso de las escuelas secundarias y lo prohibía terminantemente para los escolares de enseñanza primaria. Al presentar su programa, Nixon afirmó que estaba «ayudando más que cuestionando a los tribunales, respetando el mandato de la Decimocuarta Enmienda y ejerciendo la responsabilidad del Congreso para hacer cumplir esta Enmienda»[44].

---

[38] De los cuarenta y cuatro representantes que testificaron durante los primeros diez días de las audiencias, treinta y siete estaban a favor de una enmienda constitucional, tres no expresaron ninguna preferencia entre una enmienda y una ley, y cuatro se opusieron al *busing* sin abordar la cuestión. A medida que avanzaban las audiencias, Nixon propuso una solución legislativa y los representantes restantes tendieron a refrendar esta opción, aunque muchos también respaldaban una enmienda.
[39] Rhodes Cook, *United States Presidential Primary Elections 1968-1996*, Washington DC, CQ Press, 2000, p. 127.
[40] Véase Robert Semple, «Nixon Asks Bill Halting New Busing Orders; Seeks Education Equality», *The New York Times*, 17 de marzo de 1972, p. 1.
[41] Véase J. Reichley, *Conservatives in an Age of Change: The Nixon and Ford Administrations*, cit., p. 197. En ningún momento, sin embargo, aprobó Nixon el lenguaje radical de la Enmienda de Lent, que era el centro de la primera ronda de audiencias del comité de Celler.
[42] *Ibid.*
[43] *Ibid.*, p. 198.
[44] Véase J. Bolner y R. Shanley, *Busing: The Political and Judicial Process*, cit., p. 156.

Esta declaración provocó un gran revuelo en la comunidad constitucional. Correspondió a Robert Bork, de Yale –que pronto sería nombrado Solicitor General– poner patas arriba el paradigma constitucional de los progresistas. Como vimos en el capítulo 6, la decisión del Tribunal Supremo presidido por Warren en *Katzenbach v. Morgan* otorgó al Congreso amplios poderes, de acuerdo con la Sección 5 de la Decimocuarta Enmienda, para revisar las doctrinas de igual protección concebidas por los tribunales. En manos de Bork, *Katzenbach v. Morgan* se convirtió en una espada de doble filo, secundando los ejercicios conservadores, no menos que los progresistas, de liderazgo constitucional por parte de las instituciones políticas. En opinión de Bork, la propuesta de Nixon no cambiaba los principios constitucionales sustantivos, sino que solo afectaba al estatus del *busing* como remedio y, por ello, caía dentro de la concesión explícita de poder de la Sección 5 para hacer respetar la Cláusula de Igual Protección. Para defender su postura, Bork citaba al gurú sobre el tema, el profesor Henry Hart de la Harvard Law School: «La negación de *cualquier* remedio es una cosa […]. Pero la negación de un remedio cuando se deja abierto otro, o la sustitución de un remedio por otro, son cosas muy diferentes. Tiene que quedar claro que el Congreso tiene necesariamente un rango amplio de opciones»[45]. Dado que el proyecto de ley de Nixon autorizaba explícitamente a los tribunales a buscar remedios alternativos para desarrollar *Brown v. Board of Education*, e incluso permitía el *busing* en determinadas circunstancias, ¿cuál era exactamente el problema constitucional?

El despliegue que hizo Bork de virtuosismo legal provocó respuestas legales muy vehementes[46]. Pero también sumió a la audiencia académica más amplia en un estado de profunda perplejidad. No menos de quinientos cincuenta profesores de derecho progresistas firmaron una carta preparada por la facultad de Harvard oponiéndose a la iniciativa de Nixon. Basaban su postura, sin embargo, en motivos políticos y se abstuvieron de hacer una crítica constitucional sostenida. En esta materia crucial, la carta de

[45] Véase Robert Bork, *The Constitutionality of the President's Busing Proposals*, Washington DC, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1972, p. 11.

[46] Véase Arthur Goldberg, «The Administration's Anti-Busing Proposals – Politics Makes Bad Law», *Northwestern University Law Review*, vol. 67, 1972, p. 319; Alexander Bickel, «What's Wrong with Nixon's Busing Bills?», *New Republic*, vol. 84, núm. 2, p. 221, 22 de abril de 1972. La crítica de Bickel no confrontaba la afirmación de Bork en virtud de la cual *Katzenbach v. Morgan* otorga al Congreso poderes compensatorios muy amplios a tenor de la Sección 5 de la Decimocuarta Enmienda. Goldberg desestimó de plano esta afirmación, supra pp. 339-341, basándose en el disenso del juez Harlan para limitar el alcance del dictamen del juez Brennan. La confianza de Goldberg en Harlan era sorprendente, dado que él habría indudablemente votado con Brennan, no con Harlan, si hubiese permanecido en el Tribunal, socavando así la credibilidad de su crítica.

No estoy sugiriendo que el análisis de Bork sea incontestable. Véase el capítulo 6, especialmente el texto que acompaña las notas 33 y 34. Pero, para decirlo suavemente, los principales críticos de la iniciativa de Nixon no refutaban decisivamente sus argumentos.

Harvard simplemente decía que «la promulgación por el Congreso a tenor de la Sección 5 […] invoca un poder raramente ejercido, cuyos límites no están en absoluto claros. Existen serias dudas sobre su constitucionalidad y diversos expertos difieren respecto al resultado si los proyectos de ley son aprobados y su legalidad es puesta a prueba en los tribunales»[47].

También se produjo confusión entre los aspirantes del Partido Demócrata a la Presidencia. Pese a su sobresaliente expendiente en la cuestión de los derechos civiles, Hubert Humphrey se opuso firmemente al «*busing* forzoso». Cuando la campaña de las primarias se trasladó a Michigan, cuyos políticos estaban enardecidos a causa del plan de *busing* para Detroit y sus áreas suburbanas ordenado por los tribunales, Humphrey declaró: «El *busing* no ha funcionado. No ha ayudado a los escolares, no ha aumentado la calidad de la educación, no ha resuelto nuestros problemas raciales. Por todo ello estoy en contra del *busing* forzoso para conseguir el equilibrio racial»[48]. Edmund Muskie también vaciló, aunque de manera no tan obvia, en sus vanos intentos de competir por el voto de los blancos[49]. Solo George McGovern condenó directamente la iniciativa de Nixon como «una rendición total al wallacismo»[50].

Cuando la campaña se caldeó fuera de Washington, el programa del presidente estaba siendo objeto de escrutinio en el Capitolio. La Cámara de Representantes le dio una recepción ambigua. Celler liquidó con éxito el proyecto de ley de moratoria de Nixon en comité. Pero la intensidad del sentimiento contrario al *busing* le obligo a aceptar en el hemiciclo la *Equal Eduactional Opportunities Act*, donde la mayoría la acogió con entusiasmo. De hecho, toda la Cámara se mostró más nixoniana que el propio Nixon,

[47] Carta del profesor James Vorenberg al senador Clairbone Pell, 12 de abril de 1972, Davison Douglas (ed.), *School Busing: Constitutional and Political Developments*, vol. 1: *The Development of School Busing as a Desegregation Remedy*; vol. 2: *The Public Debate over Busing and Attempts to Restrict Its Use,* Nueva York, Garland Publishing, 1994, vol. 2, pp. 232-233. Otra declaración académica expresaba «serias reservas acerca de la constitucionalidad» de la propuesta, pero no confrontaba directamente los argumentos de Bork, 120th *Congressional Record*, p. 14430, 13 de mayo de 1974 (declaración imprecisa).

[48] «How the Candidates Stand on Busing» *Life*, 3 de marzo de 1972 (con declaraciones de todos los candidatos demócratas y republicanos).

[49] Este es un comentario típico de Muskie: «El problema es la cuestión de la igualdad de oportunidades educacionales para todo nuestro pueblo […]. El *busing* no va a resolver este problema […]. Los patrones de vivienda, los patrones de empleo, los problemas jurisdiccionales del gobierno local, la cuestión está implícita en todos estos problemas. Sin embargo, el *busing* es una herramienta legítima que ha sido refrendada por los tribunales […] y yo creo que hemos de estar dispuestos a utilizarla de una manera sensata», Joel Haveman, «The Busing Issue», *National Journal*, vol. 13, núm. 11, p. 635, 15 de abril de 1972. Nótese que Muskie pone de relieve el liderazgo constitucional del tribunal sobre el tema, situándose en la posición de un seguidor leal de los tribunales y exhortando a la cooperación de sentido común con los actos de liderazgo judicial.

[50] «McGovern attacks Speech for Fear and Opportunism», *The New York Times*, 17 de marzo de 1972, p. 22.

añadiendo enmiendas que prohibían el *busing* para todos los escolares, no solo para los más jóvenes, como había propuesto el presidente[51].

El proyecto de ley de la Cámara llegó al Senado en octubre, justo cuando la campaña presidencial estaba entrando en su punto culminante. Nixon había puesto en marcha su campaña de otoño con un discurso pronunciado el Día del Trabajo en el que condenaba el *busing* como sintomático de una «ética del bienestar» más amplia que estaba destruyendo Estados Unidos. Instó al Congreso, «como un asunto de la máxima prioridad, a que aprobase, antes de finalizar el periodo de sesiones, la moratoria del *busing*»[52]. McGovern continuó con su oposición de principio: «No hay capítulo más oscuro en la presidencia de Richard Nixon que su explotación de […] la emoción que rodea la cuestión del *busing*»[53]. Condenaba la iniciativa de Nixon como una violación de principios fundamentales: «En una democracia que coloca la ley por encima de los hombres, ni siquiera el presidente puede situarse por encima del Tribunal Supremo de Estados Unidos»[54].

Las apelaciones de McGovern a los principios básicos no fueron muy convincentes cuando el proyecto de ley de la Cámara llegó al Senado en octubre. Los senadores sabían lo que los expertos habían confirmado: que el sentimiento opuesto al *busing* era una fuerza importante detrás del maremoto que estaba propulsando a Nixon hacia una victoria apabullante[55]. No estaban por la labor de cavar sus propias tumbas con un voto a favor del *busing* solo días antes de las elecciones. Ya no había cincuenta y un votos respaldando la tradicional estrategia de minar las iniciativas de la Cámara en el Senado o en el comité conjunto.

Sin embargo, una minoría significativa estaba todavía dispuesta a resistir al gigante, porque no se presentaban en 1972, porque tenían escaños seguros, porque estaban fundamentalmente comprometidos con la independencia

---

[51] La Enmienda de Green también autorizaba la suspensión inmediata de los anteriores decretos de *busing*, yendo más allá de la propuesta de Nixon, que permitía la suspensión solo al cabo de cinco años, 118th *Congressional Record*, 1972, p. 28888. El proyecto de ley de Green fue aprobado por la Cámara de Representantes por doscientos ochenta y dos votos frente a ciento dos, 118th *Congressional Record*,1972, pp. 28906-28907.

[52] Richard Nixon, «Labor Day Message» 3 de septiembre de 1972, *Amertican Presidency Project*, en http://bit.ly/2oqFrQw. Dos días antes de las elecciones, Nixon cerró su campaña con un discurso que proclamaba la escuela de barrio como uno de los «derechos inalienables» de todos los niños estadounidenses, Richard Nixon, «The Birthright of an American Child», 5 de noviembre de 1972, *American Presidency Project*, en http://bit.ly/2CmBS6h.

[53] Douglas Kneeland, «Senator Accuses Rival of Exploiting School Issue», *The New York Times*, 23 de setiembre de 1972, p. 1. Aunque McGovern defendía el *busing* no lo convirtió en el eje de su campaña. Véase Gary Hart, *Rights from the Start*, Nueva York, Quadrangle Books, 1973, pp. 278-279, donde Hart, el director de campaña de McGovern, establece siete temas prioritarios sin mencionar el *busing*.

[54] Véase D. Kneeland, «Senator Accuses Rival of Exploiting School Issue», cit.

[55] Véase K. McMahon, *Nixon's Court: His Challenge to Judicial Liberalism and Its Political Consequences*, cit., pp. 233, 236.

judicial (o por una combinación de estas tres cosas). Esto llevó a lo que quedaba del grupo progresista a iniciar una maniobra dilatoria el 6 de octubre, generando un giro paradójico en asuntos que habían sido implacablemente repetidos durante los últimos cincuenta años. Esta vez fueron los segregacionistas al viejo estilo del Sur los que denunciaron el desesperado intento de la minoría progresista del Norte de negar la voluntad de una mayoría nacional movilizada[56]; esta vez era Richard Nixon, no Lyndon B. Johnson, quien persuadía a los senadores a escuchar la voz del pueblo y a poner fin a las tácticas obstruccionistas[57]. Mientras la prensa y la televisión informaban de esta extraña inversión de roles, las mayorías del Senado votaron a favor de concluir el debate en tres ocasiones distintas, pero no llegaron a la supermayoría de dos terceras partes que requerían entonces las normas de esa Cámara[58]. Sin embargo, los progresistas no pudieron ocultar su bochorno: teniendo en cuenta su enérgica oposición al filibusterismo obstruccionista durante las décadas anteriores, ¿hasta cuándo podrían mantener su actitud frente a las constantes burlas de sus oponentes?

Nunca lo sabremos. Los progresistas tenían el reloj de su lado. Cada día que pasaba acercaba más a los senadores que optaban a la reelección a su momento de la verdad en noviembre. Con el fracaso de la tercera votación

---

[56] Esto es lo que dijo uno de los líderes del bloque contrario al *busing*, el senador Allen de Alabama, fingiendo incomprensión ante el comportamiento recalcitrante de los norteños: «Estoy consternado y perplejo por el hecho de que algunos miembros progresistas del Senado continúen bloqueando la votación sobre sus méritos. Parece claro que el proyecto de ley será aprobado si es llevado a votación. Y, sin embargo, se produce el intento determinado de frustrar la voluntad de la Cámara y el sentimiento abrumadoramente mayoritario del pueblo en contra de un *busing* excesivo», 118th *Congressional Record*, 1972, p. 34780. Cuando se produjo la votación final el 12 de octubre, «todos los senadores sureños excepto J. W. Fulbright, el senador demócrata de Arkansas, votaron porque se pusiese fin al debate y se pasase a la votación. Al mismo tiempo, Hugh Scott, Republicano de Pennsylvania, y Philip A. Hart, Demócrata de Michigan, norteños que se habían opuesto sistemáticamente al uso de maniobras dilatorias, votaron en contra de parar el debate», David E. Rosenbaum, «Bill to Bar Busing Killed in Senate as Closure Fails», *The New York Times*, 13 de octubre de 1972, p. 17.

El senador Griffin, que luchaba por la reelección en Michigan, advirtió a sus colegas obstruccionistas: «Si quienes ahora ignoran la voluntad de la mayoría del Senado y la voluntad de la inmensa mayoría del pueblo estadounidense persisten en su actitud, predigo que el año próximo habrá una votación de las dos terceras partes del Senado, y no solo para invocar el fin del debate, sino posiblemente para adoptar una enmienda constitucional», 118th *Congress Record*, 1972, p. 34782.

[57] El 10 de octubre Nixon «mandó llamar a cinco senadores opuestos al *busing* a la Casa Blanca [encabezados por el senador Griffin] […] para darles garantías de su pleno apoyo y para instarles a la acción con el proyecto de ley aprobado por la Cámara», Eric Wentworth, «Cloture Bid Fails for 3d Time» *Boston Globe*, 13 de octubre de 1972, p. 2. Después de esta reunion, el senador Griffin dijo que «los representantes de la Casa Blanca están contactando a miembros del Senado y haciéndoles saber cómo piensa [Nixon] al respecto», «Nixon Vows to Push Vote on Busing» *Chicago Tribune*, 11 de octubre de 1972, p. 14.

[58] Las tres mociones de clausura del debate tuvieron lugar el 10 de octubre (resultado cuarenta y cinco votos frente a treinta y siete), el 11 de octubre (cuarenta y nueve frente a treinta y nueve) y el 12 de octubre (cuarenta y nueve frente a treinta y ocho), ninguna de las cuales obtuvo la mayoría de dos tercios necesaria. Véase «U.S. Senate, Cloture Motions – 92nd *Congress*, en http://bit.ly/2ottZU3.

para cerrar el debate, el Senado levantó la sesión para permitir que los titulares del cargo hiciesen un poco de campaña de última hora[59]. La batalla desesperada de los progresistas apenas había conseguido desviar al gigante conservador. Pero no se preocupen, declaró Richard Nixon, «si no lo conseguimos ahora, lo convertiremos en una cuestión de la máxima prioridad en el siguiente Congreso»[60].

Esta no era una amenaza vana: si bien la composición del Congreso no cambió mucho tras las elecciones de 1972 la Cámara de Representantes y el Senado ya estaban preparados para respaldar una acción decisiva[61]. ¿Y acaso la gran victoria de Nixon el día de las elecciones –con la que aplastó a McGovern de la misma forma en que Johnson había aplastado a Goldwater– no mejoró su autoridad para reclamar un mandato sobre el *busing* de Nosotros, el Pueblo?

La reafirmación judicial de *Brown v. Board of Education*

Mientras pasaba todo esto, el Tribunal Supremo se estaba preparando para reiniciar el debate. El 22 de junio de 1972, rompió su largo silencio sobre el significado perdurable de *Brown v. Board of Education* en *Wright v. Council of City of Emporia*[62]. Los hechos del caso daban a entender hasta dónde había logrado el Tribunal vencer la resistencia sureña. *Emporia* ya no afectaba a la legitimidad de las órdenes generales de *busing*, sino que se enfrentaba a los intentos desesperados de los enclaves blancos para aislarse de la inminente obliteración de la educación característica del régimen de Jim Crow.

El problema: la ciudad de Emporia había estado enviando a sus niños al sistema de mayores dimensiones gestionado por el condado de Greensville, Virginia. Cuando un juez federal decretó un amplio plan de *busing*, Emporia trató de escindirse y estableció su propio sistema escolar para sus residentes, con un número desproporcionado de blancos.

---

[59] El Senado levantó la sesión el 18 de octubre de 1972. 118th *Congressional Record*, 1972, p. 37323.

[60] Eric Wentworth, «Senate Begins Fight on Busing; Supporters File Cloture Petition», *The Washington Post*, 7 de octubre de 1972, A1. La determinación de Nixon fue secundada por Republicanos moderados como Howard Baker, de Tennessee, que «prometió que el año siguiente continuaría el intento de legislar en contra del *busing*, al que calificaba de «error doloroso». David Rosenbaum, «Bill to Bar Busing Killed in Senate as Cloture Fails», *The New York Times,* 13 de octubre de 1972, pp. 1, 17. Pero Baker estaba en medio de una dura campaña por la reelección y los líderes pro derechos civiles confiaban en que «una vez pasadas las elecciones, la presión a favor de dicha legislación será menos intensa», *ibid.*, p. 1. Como veremos, su confianza no se vio confirmada.

[61] Los Republicanos ganaron doce escaños en la Cámara de Representantes, pero perdieron dos en el Senado. Véase http://bit.ly/2HOiGhq.

[62] *Wright v. Council of City of Emporia*, 407 U.S., 1972, p. 451.

La ciudad negó que sus motivos fuesen racistas, y convenció al tribunal federal de apelaciones de que las consideraciones pedagógicas eran lo importante. Enfrentado a la posibilidad de la escisión de Emporia, el Tribunal Supremo intervino y obligó a la ciudad a volver al plan del condado.

El voto en *Wright v. Council of City of Emporia* fue de cinco contra cuatro. Ya no había una necesidad imperiosa de que los jueces presentasen un frente unido en el Sur. Con la ayuda (renuente pero esencial) de Richard Nixon, las escuelas sureñas eran ahora las más integradas del país. Este gran logro liberó al Tribunal de un debate preliminar sobre cuestiones fundamentales, que iba una vez más a debatir cuándo empezara a forcejear con el futuro del fin de la segregación en el Norte.

Wright v. Council of City of Emporia no solo dividió al Tribunal, sino que también enfrentó a los cinco magistrados que quedaban del Tribunal de Warren contra los cuatro nuevos magistrados nixonianos. Hablando en nombre de los cinco magistrados del Tribunal de Warren, el juez Stewart consideró primero la determinación del tribunal inferior de que la secesión de la ciudad no era «una mera cobertura» del racismo y que su «propósito primario» era «benigno» y estaba arraigado en una búsqueda de buena fe de la excelencia pedagógica[63]. Respondió repudiando las premisas básicas del tribunal inferior. No solo encontró «difícil o imposible» que los jueces identificasen los motivos o propósitos dominantes de los organismos formados por varios miembros. Condenó toda la investigación, calificándola de «tan irrelevante como infructuosa»:

> El mandato de *Brown v. Board of Education II* fue abolir la segregación escolar y hemos dicho que «la medida de cualquier plan para la abolición de la segregación es su efectividad». Así, nos hemos centrado en el efecto –no en el propósito o en la motivación– de la acción de una junta escolar al determinar si es un método permisible para desmantelar un sistema dual. La existencia de un propósito permisible no puede sostener una acción que tiene un efecto no permisible[64].

En vez de rebuscar en documentos oficiales para determinar «el propósito o la motivación» Stewart pidió una investigación sobre el significado público de la acción de Emporia:

> Si bien Emporia había tenido durante mucho tiempo el derecho, a tenor de la ley del estado, de establecer un sistema escolar separado, su decisión de hacerlo solo se produjo en función de –y, como concedieron las autoridades de la ciudad, en reacción a– una orden de los tribunales

[63] *Ibid.*
[64] *Ibid.*, p. 462.

> que impedía al condado mantener por más tiempo el sistema segregado que había persistido durante quince años después de *Brown v. Board of Education I*. En palabras del juez Winter, discrepante en el Tribunal de Apelación: «Si el establecimiento de un distrito escolar en Emporia no es prohibido, los estudiantes negros del condado contemplarán como casi la mitad del total de estudiantes blancos abandonan las escuelas del condado por un sistema sustancialmente más blanco». *El mensaje de esta acción, viniendo cuando vino, no pudo haber escapado a los niños negros del condado.* Como apuntamos en *Brown v. Board of Education I*: «Separar [a los escolares negros] de otros de edad y cualificación similares solamente debido a su raza genera un sentimiento de inferioridad respecto a su estatus en la comunidad, que puede afectar a su autoestima de una forma muy difícil de revertir». Pensamos que, en estas circunstancias, el tribunal de distrito podría razonablemente haber concluido que probablemente habría tenido *el mismo efecto psicológico adverso* retirar a los niños de Emporia del sistema del condado de Greenville[65]. (Las cursivas son mías)

Veamos: la lógica original de *Brown v. Board of Education* regresa a primer plano después de su repetida supresión estratégica en *Green v. County School Board of New Kent County, Alexander v. Holmes County* y *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education.* El gobierno por los números también encuentra un lugar, aunque es claramente secundario. Stewart no está simplemente preocupado por que la secesión de Emporia lleve a la marcha de casi la mitad de los niños blancos de las escuelas del condado[66]. El significado social de los números es lo que resulta decisivo: la salida de la ciudad, en respuesta a la orden del fin de la segregación, envía un «mensaje […] [que] no puede haber escapado a los niños negros, generando un sentimiento de inferioridad respecto a su estatus en la comunidad».

No menos importante, los cuatro jueces nixonianos recién llegados se unieron a Stewart, confirmando la duradera trascendencia del gran dictamen de Warren. Discreparon solo respecto a la aplicación de la mayoría de los principios de Warren al caso de Emporia. Este es el razonamineto del presidente del Tribunal, el juez Burger:

> En *Brown v. Board of Education I* el Tribunal hacía hincapié en que la política legal de separar a los niños en las escuelas solo en función de su raza genera inevitablemente un sentimiento de inferioridad. Estas observaciones eran respaldadas *por una experiencia humana común* y se veían *reforzadas por la autoridad psicológica*. Aquí, el Tribunal trata de hacer un juicio similar en un contexto en el que a ningún niño se le da

---

[65] *Ibid.*, pp. 465-466.

[66] «No necesitamos sostener ni sostenemos que esta disparidad en la composición racial de los dos sistemas sea un motivo suficiente, por sí mismo, para prohibir la creación de un distrito escolar separado», *ibid.*, p. 464.

> un tratamiento diferente en función de su raza. Esta observación totalmente especulativa del Tribunal no la respalda ni la experiencia común ni la autoridad científica[67]. (Las cursivas son mías).

En cualquier caso, Burger era mejor que Stewart distinguiendo resueltamente dos fases distintas en la lógica original de *Brown v. Board of Education* (véase el capítulo 7). Concedía, con razón, un lugar de honor a la prueba de la «experiencia humana común» por la que el juez proporciona una interpretación de sentido común de una práctica cuestionada para determinar si produce un efecto humillante de manera sistemática. Para resolver estas cuestiones el juez recurría a la tradición del derecho común, que hace hincapié en la centralidad de las costumbres de la comunidad en la interpretación legal. Solo entonces Burger seguía a Warren apelando a la tradición científica moderna. En este segundo planteamiento, el juez consideraba si su juicio de sentido común se veía «*reforzado* por la autoridad psicológica» (la cursivas son mías). La formulación de Burger sugería correctamente que es el sentido común judicial lo que dirige la decisión al estilo de *Brown v. Board of Education*, con la sociología en el papel de «refuerzo».

El resultado de la votación de *Wright v. Council of City of Emporia* sobre estos temas fundamentales fue de nueve frente a cero, no de cinco frente a cuatro. Tanto los veteranos como los recién llegados se unieron para confirmar la perdurable trascendencia del gran dictamen de Warren. Su desacuerdo por cinco a cuatro no es menos esclarecedor.

Burger se quejó de que no hubiese ninguna «autoridad científica» que respaldase el juicio de la mayoría y Stewart parecía estar de acuerdo con él en este punto; su dictamen no citaba ningún estudio sociológico serio. Argumentaba exclusivamente a partir del sentido común: «El mensaje de esta acción, *viniendo cuando vino*, no pudo haber escapado a los niños negros del condado» (la cursiva es mía).

El énfasis de Stewart en el momento elegido por la ciudad fue crucial. Si Emporia hubiese establecido su sistema escolar independiente en un momento anterior, el significado racial de su acción podría haberse considerado «especulativo», para utilizar la misma palabra que Burger. Pero no fue así como sucedió. La ciudad trató de separarse inmediatamente después de la orden judicial de integración. ¿Podía alguien con sentido común ignorar el obvio menosprecio a los estudiantes negros del condado expresado por el repentino intento de retirar a la mitad de los blancos de sus escuelas?

La sensibilidad de Stewart respecto a las particularidades contextuales hace que su juicio sea muy convincente. Al descalificarlo por «especulativo»,

---

[67] *Ibid.*, p. 476.

Burger parecía carecer del «sentido de la situación», como denominaba Karl Llewellyn a esta capacidad propia del derecho común de fundamentar sus juicios judiciales en el significado predominante de las prácticas sociales[68].

Fueran cuales fuesen los méritos de su disputa particular, una cosa estaba clara: los jueces se habían unido al dictamen de Warren para tener un punto de referencia antes de abordar el candente tema de la segregación en las escuelas del Norte.

Pero un año más tarde estaban yendo en una dirección muy diferente.

La estrechez de miras de Brennan

El reto político era evidente cuando el Tribunal se constituía para decidir su primer caso de *busing* en el norte, *Keyes v. School District, Nº 1, Denver*. Escribiendo en el suplemento dominical de *The New York Times*, Christopher Jencks, de Harvard, una de las voces progresistas más destacadas en políticas educativas, describía la situación para el público en general:

> Si el Tribunal Supremo sigue adelante […] el Congreso puede muy bien aprobar un duro proyecto de ley contrario al *busing*, cuyo objetivo es invalidar las decisiones del Tribunal. Aún peor, si el Tribunal considera inconstitucional esta legislación, el Congreso y treinta y ocho estados pueden aprobar una enmienda constitucional para frenar el *busing*, particularmente con un presidente públicamente comprometido contra el mismo como método para lograr el equilibrio racial. Dicha enmienda sería un desastre político de enormes proporciones. Tanto blancos como negros la considerarían como una derrota decisiva para el movimiento pro derechos civiles y como un triunfo del segregacionismo[69].

Sin embargo, concedía que:

> [...] quienes se oponen a una enmienda constitucional puede que encuentren trece estados en los que haya tan pocos negros que a la mayoría blanca no le preocupe el *busing*. Sin embargo, para una estrategia cuyos beneficios parecen tan inciertos, el *busing* comporta un considerable riesgo político[70].

---

[68] Karl Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, Little, Brown and Company, 1960, pp. 121-157. Véase también B. Ackerman, *Private Property and the Constitution*, New Haven (CT), Yale University Press, 1977, pp. 1-22, 88-112.
[69] Christopher Jencks, «Busing – The Supreme Court Goes North», *The New York Times Sunday Magazine*, 19 de noviembre de 1972, pp. 40, 125.
[70] *Ibid.*

El ensayo de Jencks es el único artículo de dominical que el juez Brennan conservó en sus archivos del caso *Keyes v. School District, Nº 1, Denver*[71]. Pero los jueces no necesitaban que Jencks les advirtiera del peligro político que corrían: empezaron sus deliberaciones justo en el momento en que los progresistas del Senado estaban practicando desesperadamente el obstruccionismo contra el ataque directo al *busing* ordenado por los tribunales.

Keyes también era legalmente difícil. *Swann* apoyó una orden radical de *busing* en una metrópolis sometida al régimen de Jim Crow donde la identidad de las escuelas «blancas» y «negras» estaba profundamente arraigada en la manera de pensar de la gente. En este contexto, el *busing* metropolitano era la única forma realista de eliminar la identidad «negra» de determinadas escuelas y el estigma experimentado por los niños negros que iban a ellas. Pero Denver nunca había mantenido un sistema de Jim Crow, y su junta escolar insistía en que la asignación de estudiantes estaba estrictamente gobernada por una política «escolar de barrio» neutral. Según su punto de vista, las mayorías negras en las escuelas del gueto estaban simplemente reflejando la composición racial de sus barrios. En la medida en que actuase neutralmente en la esfera de la educación, sostenía la junta escolar, no tenía que ser considerada responsable de la segregación *de facto* generada por otros factores[72].

El tribunal no estaba convencido. El juez William Doyle concluyó primero que la afirmación de neutralidad de la junta escolar era falaz, al menos en su gestión de un barrio racialmente transicional llamado Park Hill. Encontró pruebas evidentes de que la junta estaba canalizando a los niños negros de Park Hill hacia escuelas racialmente concentradas mediante una serie de decisiones políticas de baja visibilidad: revisando las líneas de asistencia escolar, seleccionando nuevos emplazamientos para las escuelas, etcétera.

Doyle no encontró pruebas parecidas cuando examinó la gestión de la junta escolar del principal gueto del centro urbano. En consecuencia, desarrolló un segundo motivo para condenar a estas escuelas fuertemente de minorías. Remontándose a *Plessy v. Ferguson*, negó que estuviesen proporcionando una educación «separada *pero igual*» a sus estudiantes. A fin de establecer una base sólida para este fundamento jurídico (*holding*), el Fondo de Defensa Legal (como abogado de los demandantes) organizó una formidable presentación sociológica comparando las oportunidades de las escuelas del gueto con las ofrecidas a los estudiantes predominantemente

---

[71] Brennan Papers, *Keyes v. School District Nº 1, Denver*, pp. 71-507, Box I: 203, Box I: 288, Library of Congress.

[72] Aunque los argumentos de la parte demandante en el juicio eran de amplio alcance, el Fondo de Defensa Legal no trató de demostrar la existencia de una discriminación omnipresente en la vivienda durante su presentación ante el tribunal del distrito.

blancos en otras partes de Denver. Combinando estas dos realidades –la intencionalidad en Park Hill, la desigualdad en el gueto urbano– Doyle emitió una orden amplia de *busing*, cuyo objetivo era eliminar las disparidades raciales en todas las escuelas de Denver.

Pero el tribunal de apelación aprobó solamente la mitad de las razones de Doyle. Estaba de acuerdo en que la junta había segregado intencionadamente en Park Hill, pero rechazaba la violación de desigualdad basada en *Plessy*. En consecuencia, limitó drásticamente el remedio de Doyle para que encajase con el alcance limitado de la violación: mientras que los estudiantes de Park Hill podían ser trasladados a entornos más integrados, los niños del gueto central se quedarían en las escuelas en las que estaban.

Una vez resulto *Wright v. Council of City of Emporia*, el énfasis que puso el tribunal de apelación en las malas intenciones de los funcionarios se volvió inmediatamente problemático. Como puso de relieve Potter Stewart, el intento judicial de explicar los motivos de organismos constituidos por varios miembros no era solamente «difícil o imposible», sino legalmente «irrelevante». El trabajo correcto para un tribunal era, en palabras de Warren Burger, utilizar su interpretación de sentido común de la «experiencia humana [...] reforzada por la autoridad psicológica» para determinar si las prácticas educacionales «generan un sentimiento de inferioridad». Pero un accidente temporal dificultó que los litigantes pudiesen reformular sus argumentos para tomar en consideración *Emporia*. El Fondo de Defensa Legal persuadió al Tribunal para que asumiese las competencias sobre *Keyes* el 17 de enero de 1972, cinco meses antes de que se anunciase *Emporia* en junio[73]. Luego presentó su informe el primero de mayo de 1972, sin la menor insinuación de la inminente reafirmación en *Emporia* del principio de la antihumillación de *Brown v. Board of Education* como clave para juzgar casos escolares[74].

El Fondo de Defensa Legal tuvo una última oportunidad para enderezar la situación en octubre, cuando James Nabrit presentó *Keyes* ante los jueces en la vista oral. Pero Nabrit no estuvo a la altura de las circunstancias: no mencionó *Wright v. Council of City of Emporia* y siguió haciendo hincapié en las malas intenciones de la junta escolar como si fuese un factor clave en la decisión. Su atención se vio aún más desviada por un nuevo tema introducido por los magistrados. El juez Powell presionó a Nabrit acerca de si era más lógico rechazar en su totalidad la distinción entre segregación *de facto* y segregación *de iure*. Pero Nabrit se resistió: «Yo diría primero que no

---

[73] Se emitió un mandato de *certiorari* el 17 de enero de 1972, *Keyes v. School District Nº 1, Denver*, 404 U.S. 1036. El informe de los demandantes fue formalmente presentado y sellado el 1 de mayo de 1972, «Brief for Petitioners, *Keyes v. School District Nº 1, Denver*», 413 U.S. 189 (1973) (Nº 71-507).

[74] *Ibid.*, pp. v-ix.

es necesario abordar este tema explícitamente […] para nosotros se trata de un caso de segregación *de iure*». Cuando el juez Stewart le presionó aún más, Nabrit respondió con poco entusiasmo: «Enfrentado a esta decisión [rechazar la distinción entre *de facto* y *de iure*], seguiría sosteniendo que deberíamos de ganar el caso. Estaría dispuesto a llegar hasta su conclusión lógica si tuviese que hacerlo»[75].

Los jueces no se sintieron obligados por las vacilaciones de Nabrit. De hecho, «casi desde el principio, el Tribunal estaba profundamente dividido sobre cómo abordar el caso», según el revelador y minucioso relato preparado por los asistentes del juez Brennan para sus archivos confidenciales[76]. Sin embargo, el debate de los jueces no se centró en las implicaciones de la redefinición de *Wright v. Council of City of Emporia* sobre la segregación *de facto*. Se centró, en cambio, en el mismísimo tema que los senadores Ribicoff y Stennis habían llevado al centro del debate público: «El juez Douglas y el juez Powell querían utilizar el caso para abolir la distinción *de facto-de iure*»[77].

Al igual que el senador Ribicoff, el objetivo de Douglas al dar este paso era imponer unas órdenes generales de *busing* en todo el Norte. Igual que Stennis, Powell quería negar que hubiese una diferencia real entre la segregación de corte sureño y la segregación característica de los estados septentrionales, y exhortaba a abordar de un modo más comedido la cuestión del *busing* a ambos lados de la línea Mason-Dixie[78].

Ninguno de los dos bandos pudo obtener la mayoría. En opinión de Brennan, él y Marshall «estaban dispuestos a aceptar la abolición de la distinción entre *de facto* y *de iure*», pero no existía la posibilidad de conseguir dos votos más, «ya que el juez White estaba fuera del caso y el juez Stewart se oponía abiertamente a cualquier evisceración de la distinción *de facto-de iure*». En consecuencia, Brennan se dispuso a escribir un dictamen «que buscase una disposición más práctica del caso para evitar un empate de cuatro votos contra cuatro»[79]. Aquí fue donde la incapacidad del Fondo

[75] «Transcript of Oral Argument», *Keyes v. School District Nº 1, Denver*, 413 U.S., 1973, p. 189 (12 de octubre de 1972) (No 71-507), Philip B. Kurland y Gerhard Casper (eds.), *Landmark Briefs and Arguments of the Supreme Court of the United States: Constitutional Law*, Arlington (VA), University Publications of America, 1975, pp. 598-599.

[76] William J. Maledon, Gerald M. Rosberg y Geoffrey R. Styone, «Opinions of William J. Brennan, Jr.», October Term 1972, xxxix-xl, Brennan Papers, Box II: 6, Folder 16, Library of Congress.

[77] *Ibid*.

[78] Douglas y Powell dieron a conocer sus puntos de vista sobre esta cuestión en sus dictámenes separados en *Keyes v. School District Nº 1, Denver*, p. 216 (Douglas, J.) y 217 (Powell, J.).

[79] William J. Maledon, Gerald M. Rosberg y Geoffrey R. Styone, «Opinions of William J. Brennan, Jr.», p. xl. Brennan también expresaba esta misma opinión en un memorándum del 3 de abril de 1973 a la Conferencia: «Lewis [Powell] expresó por primera vez su punto de vista según el cual hay que prescindir de la distinción entre *de iure* y *de facto*. Le dije entonces que también a mí

de Defensa Legal de la NAACP de responder creativamente a *Wright v. Council of City of Emporia* tuvo un efecto más devastador. Brennan improvisó de hecho una mayoría que respaldase el *busing* urbano sin el marco *de iure*[80]. Pero no utilizó *Emporia* como trampolín para reafirmar el énfasis que ponía *Brown v. Board of Education* en el significado social de las prácticas educativas. En vez de ello, su dictamen hacía notar que «los peticionarios [representados por el Fondo] *aparentemente* concedían *a efectos del presente caso* que […] los demandantes tienen que demostrar no solo que la segregación escolar existe, sino que ha sido provocada o mantenida por la acción intencional del estado» (las cursivas son mías)[81].

Nótese la ambigüedad de sus palabras. Brennan *no* estaba adoptando de un modo afirmativo el punto de vista de que la segregación *de iure* requiere malas intenciones. Estaba aceptando este punto de vista «a efectos del presente caso» y solo porque «aparentemente» el Fondo de Defensa Legal lo respaldaba, una interpretación plausible, teniendo en cuenta la declaración de Nabrit en la vista oral. Esta concesión era incluso más desafortunada dado que el informe escrito del Fondo de Defensa Legal contenía muchísimo material que Brennan podría haber utilizado si hubiese seguido *Emporia*. Considérese, por ejemplo, este pasaje del informe donde se explicaba por qué las escuelas del gueto en el centro urbano violaban la Cláusula de Igual Protección, aunque las concentraciones de las minorías no fuesen el producto de una manipulación intencional por parte de la junta escolar:

> El juez Doyle había descubierto […] los factores intangibles que tienden a estigmatizar a una escuela y a reforzar la imagen de la misma como una institución segregada:
>
> «Dado que los estudiantes no tienen la sensación de que la escuela sea una ayuda eficaz para la consecución de sus objetivos –la aceptación y la integración en el flujo general de la vida estadounidense– no se sienten motivados a aprender. Además, dado que los padres de estos estudiantes negros tienen sentimientos parecidos con respecto a la escuela segregada, no intentan motivar a sus hijos a aprender. *Los maestros asignados a dichas escuelas no se sienten en general satisfechos y tratan de escapar de ellas tan pronto como pueden. Además, los maestros esperan un bajo rendimiento de los estudiantes de las escuelas segregadas, y*

me incomodaba esta distinción. Sin embargo, parecía que una mayoría del Tribunal aceptaba el punto de vista sobre la necesidad de mantener la distinción y, por lo tanto, redacté *Keyes v. School District Nº 1, Denver,* dentro del marco establecido en nuestros casos anteriores. Aunque estoy convencido de que la opinión que propuse al Tribunal constituye, asumiendo la vitalidad de la distinción *de iure-de facto*, una resolución adecuada del caso, no me importaría volver a redactar el dictamen y prescindir de la distinción si una mayoría del Tribunal estuviese preparada para hacerlo», «Memorándum», Brennan Papers, Box I:289, Library of Congress.

[80] Véase *Milliken v. Bradley*, 418 U.S., 1974, p. 717.

[81] *Keyes v. School District No 1*, Denver, p. 198.

> *esto hace muy poco para estimular un rendimiento escolar elevado*». (Las cursivas son mías)[82].

Podríamos haber esperado que el juez Brennan fuese especialmente receptivo a estas conclusiones. Incluso antes de *Wright v. Council of City of Emporia*, había tratado (sin conseguirlo) de convencer a sus colegas para que proclamasen su fidelidad al principio de la antihumillación de Warren cuando negociaban sus dictámenes en *Green v. County School Board of New Kent County* (1969) y *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* (1971)[83].

Pero Brennan ni siquiera lo intentó[84]. Como veremos, esta decisión sumamente contingente y explícitamente provisional tendrá unas consecuencias fatídicas cuando un intenso ataque político al Tribunal lleve a los magistrados a efectuar su cambio a tiempo tan solo un año después en *Milliken v. Bradley*.

Antes de dejar *Keyes v. School District Nº 1, Denver*, hemos de tomar nota de otro aspecto problemático del dictamen de Brennan, consecuencia de su aceptación de la premisa de la intencionalidad. El objetivo principal de Brennan era conseguir una mayoría favorable a un programa de *busing* urbano, pese a que los tribunales inferiores habían concluido que la junta escolar había discriminado intencionalmente solamente en la zona aislada de Park Hill. Aquí es donde el gobierno por los números salió al rescate. Remitiendo al caso Denver para futuros procedimientos, Brennan creó una presunción a favor del *busing* urbano aduciendo que «las acciones de inspiración racial de la junta escolar» tienen normalmente «un impacto más allá de las escuelas particulares» directamente afectadas por ellas. Y dijo al tribunal de distrito que la junta escolar tenía que demostrar que la discriminación intencional en Park Hill no había tenido un impacto negativo en las concentraciones raciales en el resto de la ciudad[85].

La fase siguiente del caso, por consiguiente, constituyó un despliegue tecnocrático del experto en estadística de la junta escolar, que trató de asumir la carga de la prueba de Brennan. Cuando el juez de distrito rechazó el ejercicio de cálculo numérico de la junta escolar[86], Brennan había conseguido su objetivo: mala intención de unos funcionarios + tecnocracia = *busing* urbano.

---

[82] Informe de los peticionarios, supra nota 73, pp. 36-37.
[83] Véase el capítulo 11.
[84] No hay pruebas de que Brennan adoptase este enfoque en ninguno de los borradores de dictamen que aparecen en sus archivos o en los de los jueces Blackmun, Douglas, Marshall, Powell y Rehnquist.
[85] *Keyes v. School District Nº 1, Denver*, p. 203.
[86] Véase *ibid.*, 368 F. Supp., 1973, p. 207.

Esta fue la fórmula que permitió a Brennan tratar a Denver como el equivalente constitucional de Charlotte-Mecklenburg sin confrontar de lleno las obvias diferencias entre ambos casos. Por un lado, Charlotte había identificado *públicamente* determinadas escuelas como «blancas» o «negras» durante generaciones; esto hacía del *busing* general una necesidad absoluta para eliminar el legado humillante del pasado. Por otro lado, la relación del *busing* con las formas concretas de la humillación en Denver –creadas por la elevada rotación de maestros y por las bajas expectativas institucionales– era mucho más problemática. Cambiar la composición racial de las escuelas podía efectivamente ser parte de la solución, pero otras iniciativas podían, en realidad, ser más importantes para eliminar el «sentimiento de inferioridad» impuesto a los niños de la minoría por las escuelas de Denver. La atención prestada por *Wright v. Council of City of Emporia* a la estigmatización de los significados sociales, en suma, requería un complejo recalibrado de la combinación de remedios más apropiada en el contexto del Norte.

Por el contrario, la fórmula de Brennan «malas intenciones + tecnocracia» prometía un planteamiento más nítido: primero, buscar en los archivos de la junta escolar hasta encontrar un indicio revelador de la mala intención; segundo, pedir a los expertos en números que calculasen la proporción minoría/mayoría necesaria para eliminar en cada escuela los rastros significativos de mala conducta oficial. Este planteamiento podía potencialmente impulsar unas órdenes de *busing* globales en aquellas ciudades septentrionales (que eran muchas) en las que los indicios permanecían ocultos en los archivos de la junta escolar. Sin embargo, amenazaba con desvirtuar todo el esfuerzo de las preocupaciones más fundamentales de *Brown v. Board of Education* provocando un problema más profundo. A medida que examinábamos las iniciativas legales en esfera tras esfera de la vida social, hemos sido testigos del desarrollo relativamente armonioso de dos lógicas características de la Segunda Reconstrucción: la antihumillación, por un lado, y el gobierno por los números, por otro. Aunque la ley abarcaba medidas tecnocráticas para garantizar determinadas nociones de igualdad más ambiciosas (como en las esferas del voto y el empleo), no perdía de vista los males especiales provocados por la humillación institucionalizada. Sin embargo, *Keyes v. School District Nº 1, Denver*, planteaba precisamente esta posibilidad, haciendo que la búsqueda tecnocrática de fórmulas para el *busing* urbano pareciera más importante que el remedio, paso a paso, de las prácticas concretas que humillaban a los niños negros.

No hace falta exagerar. *Keyes v. School District Nº 1, Denver*, en absoluto excluía un desarrollo más armonioso de los aspectos tecnocráticos y relativos al significado social en posteriores casos escolares; de hecho, el dictamen del Tribunal insistía expresamente en el carácter provisional de su aceptación del planteamiento del Fondo de Defensa Legal en las malas

intenciones de determinados funcionarios como el desencadenante de una solución tecnocrática. Sin embargo, el gesto de Brennan al futuro iba pronto a ser superado por los acontecimientos.

La crisis de 1974

El Tribunal dictó sentencia en *Keyes v. School District Nº 1, Denver*, el 21 de juio de 1973, en un momento en que el Congreso estaba cada vez más consumido por la escalada del escándalo Watergate. Pero mientras senadores y representantes empezaban a pensar en las elecciones de 1974, *Keyes v. School District Nº 1, Denver*, catapultó de nuevo el tema del *busing* al primer plano.

Ahora que el Tribunal Supremo había intervenido decisivamente en Denver, las ciudades septentrionales se encontraron con una oleada cada vez mayor de órdenes de *busing*, intensificando las movilizaciones locales en contra que ya habían dado pruebas de su poder en la política nacional[87]. Al mismo tiempo, el Tribunal había conocido otro caso de *busing* en el norte del país, *Milliken v. Bradley*, que planteaba una cuestión aún más explosiva. *Keyes* implicaba el *busing* en la ciudad de Denver, sin considerar si los blancos podían escapar a la mezcla racial huyendo a las áreas suburbanas. *Milliken* abordó frontalmente este tema en Detroit, con el tribunal del distrito atajando la huida blanca y ordenando a los distritos escolares suburbanos participar en el esfuerzo del *busing* a escala metropolitana.

Las inquietudes del Congreso se concretaron cuando un proyecto de ley de financiación de la educación llegó al hemiciclo de la Cámara de Representantes en marzo de 1974, poco después de que el Tribunal Supremo procediese a la vista oral en *Milliken*[88]. Mientras los jueces consideraban sus posiciones, era dolorosamente evidente que quienes más se oponían al *busing* estaban ahora totalmente al mando. La Cámara de Representantes decidió por doscientos noventa y tres votos frente a ciento diecisiete prohibir a los tribunales que trasladasen por el método del *busing* a los escolares a cualquier escuela que no fuera la más cercana a la suya[89].

---

[87] El juez federal de distrito Garrity aprobó un extenso programa de *busing* para las escuelas de Boston en junio de 1974, culminando el proceso de una década de duración de planificación y litigios catalizados por la *Racial Imbalance Law* aprobada por el estado en 1965. Véase *Morgan v. Hennigan*, 379 F. Supp. 410, 417 (D. Mass. 1974).

[88] *Milliken v. Bradley* se discutió el 27 de febrero, véase *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 1974, p. 417. El debate en la Cámara empezó el 12 de marzo, 120th *Congressional Record*, 1974, p. 6267.

[89] 120th *Congressional Record*, pp. 8281-8282, 26 de marzo de 1974. La Cámara de Representantes también aprobó una disposición prohibiendo el uso de fondos federales para «superar el desequilibrio racial». Una enmienda similar había sido atenuada por el Senado en 1972 (véase supra nota 34), pero su promotor, el diputado Ashbrook, insistió en que aprobándola una segunda vez

Las cosas no pintaban bien cuando el proyecto de ley llegó al hemiciclo del Senado en mayo, especialmente porque los progresistas no podían, como en 1972, utilizar tácticas lo bastante dilatorias para detener el reloj antes de que el Congreso concluyese sus sesiones por motivo de las elecciones de noviembre. Los senadores citaban repetidamente las encuestas Gallup, que informaban de que más del 70 por 100 de los estadounidenses se oponían al *busing*, por lo cual el Senado procedió a una serie de votos de confrontación[90]. Cuando el debate principal llegaba a su fin, los progresistas sufrieron un fuerte contratiempo, ya que, por un solo voto[91], el Senado se negó a debatir una enmienda sobre la prohibición total del *busing*[92] presentada por el senador de Michigan (un Republicano anteriormente progresista) Robert Griffin[93]. Dejándose casi llevar por el pánico, los líderes de la mayoría y de la minoría, Mike Mansfield y Hugh Scott, modificaron la enmienda de Griffin para incluir determindas salvedades, declarando que «no pretendía modificar o disminuir la autoridad de los tribunales […] para hacer cumplir plenamente la Quinta y la Decimocuarta Enmiendas»[94]. Esta defensa de última hora de la judicatura ganó por un solo voto, pasando el problema al comité conjunto Cámara-Senado, que de algún modo tenía que conciliar la contundente disposición opuesta al *busing* de la Cámara con la moderación de último minuto que se había impuesto por los pelos en el Senado[95].

Los defensores de los derechos civiles tenían tradicionalmente una ventaja en estas conferencias porque las delegaciones de cada Cámara estaban dominadas por firmes progresistas en cuestiones raciales, que gozaban de suficiente antigüedad y gran ascendiente en sus respectivos comités. En sesiones anteriores, los miembros de la conferencia habían utilizado

«informaríamos a la otra cámara, y a los ponentes de la nuestra que no se muestran totalmente decididos respecto a este tema, de que estamos dispuestos a confirmar la posición de la Cámara». La Cámara aprobó su moción por doscientos treinta y nueve votos frente a ciento sesenta y ocho, 120th *Congressional Record*, 1974, pp. 8507-8508.

[90] Una encuesta Gallup de junio de 1972 indicaba que el 73 por 100 de estadounidenses se oponía al *busing* y 27 por 100 estaba a favor, George H. Gallup, *Gallup Poll*, Nueva York, 1978, p. 43. A medida que se aproximaban las elecciones de 1974, las cifras variaron un poco: 65 por 100 en contra, 35 por 100 a favor, con niveles de apoyo que iban desde el 30 por 100 en el Medio Oeste al 37 por 100 en el Sur. A escala nacional, el 28 por 100 de blancos y el 75 por 100 de no blancos estaban a favor del *busing*, *ibid*., pp. 370-371.

[91] El resultado de la votación fue de cuarenta y siete frente a cuarenta y seis. 120th *Congressional Record*, 15076, 16 de mayo de 1974.

[92] La enmienda de Griffin incluía una disposición propuesta por el diputado Esch que ya había sido aprobada por la Cámara. Imponía una prohibición incondicional al *busing* ordenado por los tribunales de «cualquier estudiante a una escuela distinta de la más cercana o de la segunda más cercana a su lugar de residencia». 120th *Congressional Record*, 1974, pp. 15063-15064. Pero el senador Griffin atenuaba la medida en paralelo de la Cámara en otros sentidos, suprimiendo las draconianas disposiciones que requerían la reapertura y la interrupción de las órdenes de *busing* existentes.

[93] G. Orfield, «Congress, the President, and Anti-Busing Legislation», cit., p. 127.

[94] Véase § 902(2) (b), 120th *Congress Record*, 1974, p. 15076.

[95] 120th *Congressional Record*, 1974, p. 15079.

esta ventaja para diluir las propuestas más extremas de la Cámara de Representantes en beneficio de las medidas más moderadas del Senado. Pero esta vez los progresistas se encontraron con una resistencia mucho mayor. A medida que la conferencia avanzaba llegando ya a la sexta semana, la Cámara en pleno aprobó tres resoluciones en las que instruía repetidamente a su delegación para que rechazase cualquier compromiso en su asalto a la independencia judicial[96].

Nixon se apuntó a la presión amenazando con vetar cualquier proyecto de ley sobre educación, que diluyese las disposiciones de la Cámara de Representantes[97]. Aunque había sido gravemente debilitado por el Watergate, había elegido recientemente al portavoz de la Cámara Gerald Ford para sustituir a Spiro Agnew como vicepresidente, y esto aumentó considerablemente la credibilidad de su amenaza. Ford era de Michigan y se había convertido en un furibundo enemigo del *busing* cuando la polémica de Detroit impulsó el tema a la escena nacional[98]. El Senado aprobó su medida el 20 de mayo y el comité conjunto fue pronto consumido por «un sinfín de días y horas de debate» sobre el tema del *busing*[99].

Durante todo este tiempo, el Tribunal Supremo también estaba tratando de cerrar el caso del *busing* de Detroit. El comité conjunto de ambas Cámaras y el Tribunal resolvieron sus desacuerdos casi simultáneamente: el comité conjunto publicando su informe el 23 de julio y el Tribunal dictando sentencia en *Milliken v. Bradley* el 25 de julio[100].

---

[96] La Cámara hizo su primera petición a sus delegados incluso antes de que empezase la conferencia. 120th *Congressional Record*, p. 17882, 5 de junio de 1974. Siguió luego con las mayorías apabullantes el 27 de junio (120th *Congressional Record*, pp. 21599-21760) y el 27 de julio (120th *Congress Record*, 1974, p. 24449), insistiendo en que sus delegados se mantuviesen firmes respecto a las duras medidas contrarias al *busing*.

[97] «Estoy consternado por la acción emprendida el lunes en el Senado respecto a la enmienda sobre educación de 1974. Previamente había indicado mi intención de vetar la versión del comité de S. 1539 […]. Tengo que manifestar una vez más mi oposición inequívoca al *busing* forzoso con el objetivo de conseguir el equilibrio racial. La experiencia de los cinco últimos años en todo el país muestra que podemos desmantelar los sistemas escolares duales sin recurrir al *busing* forzoso masivo […]. Como ya he indicado previamente, apoyo la disposición sobre el *busing* [de la Cámara] frente a las que contiene el proyecto de ley del Senado […]. Confío en que las dificultades que presenta el proyecto de ley del Senado se resolverán en sesión conjunta», Richard Nixon, «Statement About Proposed Amendments to the Elementary and Secondary Education Act» 22 de mayo de 1974, *American Presidency Project*, en http://bit.ly/2ETCJNq.

[98] Ford llegó incluso a firmar una petición tratando de forzar una enmienda constitucional anti-*busing* al Comité Judicial para un voto en la Cámara de Representantes. Véase David Rosenbaum, «Antibusing Plea Is Signed by Ford», *The New York Times*, 26 de enero de 1972, p. 32. Véase también Lawrence McAndrews, «Missing the Bus: Gerald Ford and School Desegregation», *Presidential Studies Quarterly*, vol. 27, 1997, pp. 791, 793.

[99] G. Orfield, «Congress, the President, and Anti-Busing Legislation», cit., p. 130.

[100] Conference Report (H. Rept. No 93-1211), impreso en 120th *Congressional Record*, pp. 24533-24593 (con fecha 23 de julio de 1974). La sentencia de *Milliken v. Bradley* se pronunció el 25 de julio de 1974.

El informe del comité fue un tanto sorprendente. Si bien su nuevo proyecto de ley contenía referencias indirectas al poder judicial, los progresistas habían conseguido desviar el ataque principal de la Cámara[101]. Aunque el proyecto de ley contenía todas y cada una de las palabras del lenguaje del *busing* de la Cámara, incluía también la disposición de Mansfield-Scott declarando la intención del Congreso de «ajustarse a los requisitos de la Constitución»[102].

Pero este viraje de última hora no era ni la mitad de sorprendente que el que se haría público en *Milliken v. Bradley* dos días más tarde.

Los repliegues del Tribunal

Mientras la cruzada contra el *busing* alcanzaba nuevas cotas en el Capitolio, el Tribunal Supremo consideraba su segundo caso de abolición de la segregación en el Norte. Esta vez provenía de Detroit y difería de *Keyes v. School District Nº 1, Denver*, en un sentido clave: mientras que las dos terceras partes de los habitantes de Denver eran blancos, las dos terceras partes de Detroit eran negros, lo cual significaba que las escuelas de mayoría negra no podían ser eliminadas por el *busing* dentro de los límites de la ciudad. Así, el tribunal de distrito incluía en su decreto a las áreas suburbanas mayoritariamente blancas de Detroit, creando un plan en el que la típica escuela era el 75 por 100 blanca y el 25 por 100 negra[103]. De manera notable, el tribunal consiguió su objetivo sin requerir que los estudiantes pasasen un tiempo excesivo en los autobuses escolares. Al contrario, el plan implicaba menos tiempo de *busing* que los que únicamente afectaban a una ciudad puntual[104]. Era, pues, un plan eficaz y eficiente.

Pero si el Tribunal Supremo lo apoyaba, provocaría una escalada masiva del ataque del Congreso al *busing*. Los jueces afirmarían, en unos términos nada ambiguos, que los blancos no podían escapar a la integración huyendo a las áreas suburbanas y protegiendo sus escuelas de barrio mediante las juntas escolares locales.

---

[101] Education Amendments of 1974, Pub. L. No. 93-380, 88 Stat., 1974, p. 484. La Sec. 258(b) prohibía que entrase en vigor ninguna orden de *busing* hasta el inicio del siguiente curso escolar; la Sec. 219 requería la interrupción de una orden de *busing* si el tribunal consideraba que el sistema escolar «ha satisfecho los requisitos de la Quinta o de la Decimocuarta Enmiendas de la Constitución, sea cual fuere la aplicable al caso, y continuará actuando de conformidad con dichos requerimientos». Ninguna de estas disposiciones planteaba problemas constitucionales graves, G. Orfield, «Congress, the President, and Anti-Busing Legislation», cit., p. 136.

[102] *Ibid*.

[103] Según el plan metropolitano del tribunal del distrito, la asistencia de la minoría oscilaría entre el 17,5 y el 30 por 100 en cada escuela, para minimizar el tiempo pasado en el autobús. Véase *Bradley v. Milliken*, 345 F. Supp., 1972, pp. 914, 917.

[104] El tribunal de distrito concluyó que teniendo en cuenta «el tiempo, la distancia y otros factores del transporte» el plan metropolitano era «físicamente más fácil y más factible que los intentos de desegregación limitados a los contornos geográficos de la ciudad de Detroit», *ibid*., p. 930.

Milliken v. Bradley se debatió el 27 de febrero de 1974, justo en el momento en que la Cámara de Representantes empezaba el debate sobre el proyecto de ley de educación. Cuando los magistrados se reunieron el 1 de marzo, el presidente del Tribunal Supremo Burger obtuvo el apoyo de una escasa minoría de cinco magistrados para rechazar la estrategia del *busing* metropolitano, pero necesitó tres meses para redactar un borrador de dictamen explicando por qué lo rechazaba. Cuando finalmente lo dio a conocer el 31 de mayo, este tuvo una fría acogida entre los propios delegados de la conferencia de sus partidarios, lo cual provocó que cuatro magistrados discrepantes, encabezados por Thurgood Marshall, instasen a sus colegas a posponer la decisión hasta el siguiente periodo de sesiones del Tribunal. Teniendo en cuenta lo que estaba en juego, sostenían, se requería una nueva ronda de debate y reflexión antes de definir el significado de *Brown v. Board of Education* para la siguiente generación[105].

Su sugerencia fue acogida con simpatía en el despacho de Harry Blackmun. Blackmun había apoyado a Burger en la conferencia, pero no le gustó el borrador de dictamen del presidente del Tribunal y pidió a su auxiliar que clarificase sus opciones. Y esta fue la respuesta: «[El caso] afecta a casi todas las ciudades del país de una forma significativa. Es importante, por lo tanto, que el Tribunal emita un solo dictamen mayoritario, que exprese la opinión de la mayoría de los magistrados. *En circunstancias normales sería aconsejable postergar este caso. La necesidad de apartar este tema de la arena política antes del otoño excluye esta posibilidad, creo* y, por consiguiente, pienso que es importante que el dictamen del presidente del Tribunal sea depurado» (las cursivas son mías)[106].

Mientras Blackmun leía este memorándum, el comité conjunto Cámara-Senado estaba empezando su batalla de oposición al *busing* contra la judicatura, que se prolongaría durante seis semanas[107]. Si el Tribunal no evitaba esta amenaza, el compromiso Cámara-Senado serviría como plataforma para otra ronda de agitación durante las elecciones de noviembre, abriendo el camino a una nueva escalada cuando un inseguro nuevo presidente, Gerald Ford, empezara a buscar temas candentes para su campaña

---

[105] Después de la circulación inicial del documento de Burger, Marshall pidió más tiempo. «Las dificultades de estos casos, tanto fácticas como doctrinales, se ponen de relieve por la cantidad de tiempo que se necesitó para que el borrador inicial del dictamen del Tribunal se pusiera en circulación por escrito el 31 de mayo, tres meses después de que la Conferencia votara sobre estos casos el 1 de marzo», Justice Marshall, «Memorandum to the Conference», 13 de junio de 1974, Brennan Papers, Box I: 328, Folder 3, Library of Congress.

[106] El memorándum lo redactó Robert Richter en respuesta a la circulación del juez Burger. Véase R. Richter, «Milliken v. Bradley. Circulation by the Chief Justice (2nd Draft)» p. 5, 12 de junio de 1974, Blackmun Papers, Box 187, Nº 73-434, Library of Congress.

[107] Los delegados a la conferencia fueron designados el 5 de junio y el informe fue presentado el 23 de julio.

electoral de 1976[108]. Esta es, en cualquier caso, la lógica que subyace en la conclusión del memorándum según la cual la necesidad «normal» de nuevas deliberaciones judiciales debería ser sobrepasada por la necesidad imperativa de «apartar este tema de la arena política».

Blackmun era perfectamente libre, por supuesto, de rechazar esta apelación a la *realpolitik* de su ayudante e insistir en volver a debatir. Sus puntos de vista eran decisivos, dado que Burger no podía redactar ya un «dictamen del Tribunal» una vez que Blackmun le había privado del crucial quinto voto. Pero Blackmun no estaba en desacuerdo. Se unió al precipitado intento de «depurar» la opinión de Burger, que fue objeto de una masiva revisión en una serie de borradores que circularon el 11, el 21 y el 22 de junio.

Esta prisa por juzgar no era precisamente propicia a una amplia reconsideración de los principios fundamentales. No había ninguna intención de interrogar a la fatídica decisión de Brennan, tomada el año anterior en *Keyes v. School District Nº 1, Denver*, de sustituir la preocupación de *Wright v. Council City of Emporia* por la humillación en el mundo real, con una búsqueda legalista de las malignas «intenciones» de los funcionarios responsables de la toma de decisiones. Dado que la junta escolar de Detroit había utilizado incuestionablemente su discreción para concentrar a los negros en escuelas del gueto, el «dictamen del tribunal» de última hora de Burger simplemente seguía lo que decía *Keyes*, y suponía implícitamente que el *busing* masivo era tan apropiado en Detroit como en una ciudad sureña, que hubiese humillado públicamente a los negros relegándolos a escuelas separadas[109].

Tras aceptar el legalismo original de Brennan, Burger trató de mitigar su impacto político añadiéndole más legalismos. Aunque respaldaba el *busing* sistemático dentro de Detroit, interrumpió la empresa en el límite de la ciudad, declarando que «el derecho constitucional de los negros residentes en Detroit es el de asistir a un sistema escolar unitario *en este distrito*»[110].

---

[108] «He estado en contra del *busing* ordenado por los tribunales para conseguir el equilibrio racial desde mediados de la década de 1950, o sea, desde hace casi veinte años» decía el presidente Gerald R. Ford en una entrevista en 1976. «Interview by Nick Clooney of President Gerald R. Ford», 1 de junio de 1976, Ford Presidential Library, White House Special Files Unit Files, Box 4, Folder 4, Busing Background Book (I). Para el historial anterior de Ford como congresista, véase la nota 98 *supra*.

[109] Al argumentar a favor de una solución interdistritos, la junta escolar de Detroit utilizaba precisamente esta idea en su informe, afirmando que «un plan exclusivo para Detroit no puede […] eliminar la percepción humana de que las escuelas de Detroit son escuelas negras». Insistía en que «la identificabilidad racial y la percepción condenadas en *Brown v. Board of Education I* no son menos odiosas en las escuelas del Norte que en las escuelas sureñas», porque los niños negros no entenderán el papel de los límites gubernamentales locales al generar este resultado. «Brief for Respondents» No 73-436, pp. 83-95. Pero en ningún momento se tomó en serio Burger esta lógica al redactar sus borradores de dictamen.

[110] *Milliken v. Bradley*, p. 746 (las cursivas son mías).

Esto fue una especie de bomba jurisprudencial: la Decimocuarta Enmienda se dirige a todos los estados y se aplica a *todos* los funcionarios creados por la ley estatal[111]. De acuerdo con la doctrina estándar, el más humilde funcionario de Detroit no es diferente del gobernador del estado. Si alguno de ellos discrimina intencionadamente, es el estado de Michigan el que ha violado la Constitución. Pero el dictamen de Burger forjaba una excepción, insistiendo en que los funcionarios suburbanos de Michigan no podían verse implicados en el problema de Detroit siempre que sus intenciones estuviesen carentes de malicia. Aunque esta distinción entre «Michigan» y «Detroit» fue una gran sorpresa, Burger obtuvo cinco votos. Y eso fue todo.

Luego apuntaló esta monstruosidad doctrinal con otro legalismo: «la naturaleza de la infracción determina el alcance del remedio»[112]. Dado que solo la junta escolar de Detroit cumplía el requisito de las malas intenciones, de ello se seguía –siempre en opinión de Burger– que los principios tradicionales de equidad limitaban el desagravio al sistema escolar de Detroit, aunque el tribunal del distrito hubiese concluido que un remedio de escala metropolitana era la única forma de proporcionar un desagravio efectivo.

Estos y otros legalismos fueron persuasivamente contestados por los cuatro magistrados discrepantes. Y lo que no es menos importante, el principio de la antihumillación hizo un retorno tardío en sus dictámenes[113] y de manera más contundente en el disenso redactado por Thurgood Marshall:

> A tenor de un decreto que afectaba exclusivamente a Detroit, las escuelas de Detroit seguirán siendo racialmente identificables en comparación con las escuelas vecinas situadas en la comunidad metropolitana. Las escuelas con el 65 por 100 o más de estudiantes negros estarán en un *marcado y obvio* contraste respecto a las escuelas de distritos vecinos con menos del 2 por 100 de matriculados negros. Los estudiantes negros *seguirán percibiendo* sus escuelas como centros educativos segregados y *esta percepción* no hará sino aumentar cuando los blancos reaccionen a un decreto exclusivo para Detroit huyendo a las áreas suburbanas para evitar la integración. Las delimitaciones de los distritos escolares, por ingenuamente que se hayan trazado, *serán seguramente percibidas* como muros concebidos para separar a las razas cuando, en un decreto aplicable exclusivamente para Detroit, los padres blancos retiren a sus hijos de las escuelas urbanas y los trasladen a las de las áreas suburbanas para que sigan estando en escuelas de blancos. *El mensaje de esta acción*

---

[111] Véase *Attorney Gen. of Michigan ex rel. Kies v. Lowrey*, 199 U.S., 1905, p. 233, que establece esta cuestión elemental en conexión con la relación de Michigan con sus distritos escolares públicos locales, el mismo problema que aborda el Tribunal en *Milliken*.

[112] *Milliken v. Bradley*, p. 738.

[113] En su dictamen para los cuatro magistrados discrepantes, el juez White también hace referencias de pasada a la «estigmatización», *ibid*., p. 779, pero Marshall presenta solo una elocuente defensa del principio de la antihumillación de *Brown v. Board of Education* en su disenso exclusivo.

> *no escapará a los niños negros de la ciudad de Detroit.* Véase *Wright v. City of Emporia, 407 U.S., p. 466. Tendrá una escasa importancia para los niños negros que se han visto confinados durante años por actos de segregación* de iure *a un núcleo cada vez mayor de escuelas de negros rodeadas por un anillo de escuelas de blancos, que la nueva línea divisoria entre las razas sean los límites del distrito escolar* (las cursivas son mías)[114].

En otras circunstancias, la cita de *Wright v. Council City of Emporia* por parte de Marshall habría pasado totalmente desapercibida; después de todo, solo dos años antes los nueve magistrados habían firmado juntos la categórica reafirmación de la jurisprudencia sociológica de *Brown v. Board of Education*. Pero ahora que Burger estaba transitando por la senda legalista inaugurada por Brennan, el recurso de Marshall a *Emporia* representaba una llamada desesperada a reconsiderar el camino no tomado. En su opinión, el énfasis que ponía el Tribunal en las intenciones oficiales a expensas del significado social «constituye una burla solemne de la opinión de *Brown v. Board of Education I* en virtud de la cual la existencia de centros escolares separados es una forma de desigualdad»[115].

Podemos ahora ver la importancia de la precipitación políticamente motivada del Tribunal para emitir sentencias. Si los jueces hubiesen postergado su decisión hasta el siguiente periodo de sesiones, podrían haber elegido hacer algo más que «depurar» el borrador de Burger. Podrían haberse tomado el tiempo necesario para responder a la invitación de Marshall de regresar al camino marcado por el dictamen de Warren en *Brown v. Board of Education*.

En este escenario, la certeza de Marshall de que los límites de los distritos escolares serían «*seguramente* percibidos como vallas» serviría de punto de partida a una conversación más larga con sus colegas. Igual que en *Wright v. Council City of Emporia*, Burger y sus colegas conservadores podrían haber hecho una interpretación muy diferente del significado social de las prácticas existentes. Según su punto de vista, la poética metáfora de la valla de Marshall debería ser superada por la enconada disputa entre sociológos acerca del impacto de las escuelas norteñas de mayoría negra en la autoestima de los escolares. A diferencia de los sistemas de *apartheid* sureños, simplemente no era obvio que las escuelas de mayoría negra llevasen inexorablemente a la humillación sistemática. Quedaba abierta, por consiguiente, a los conservadores la posibilidad de insistir en el hecho de que el espíritu de *Brown v. Board of Education* sería mejor servido derivando el caso al tribunal de distrito para una investigación contextual sobre si –y de qué modo– el patrón dominante de

---

[114] *Milliken v. Bradley*, pp. 804-805.
[115] *Ibid.*, p. 808.

concentraciones raciales humillaba a los estudiantes de la minoría. Solo entonces estaría el tribunal en disposición de definir el rol, si es que tenía alguno, que podía desempeñar el *busing* para eliminar los «sentimientos de inferioridad» de los niños negros.

Al fin y al cabo, este era precisamente el tipo de argumento que había utilizado Burger en *Wright v. Council City of Emporia*. Discrepando en nombre de cuatro magistrados, había insistido en que el Tribunal tenía que basarse en la «experiencia humana común», especialmente cuando estaba «reforzada por la autoridad psicológica», para aquilatar la constitucionalidad de las prácticas educativas. La única diferencia entre 1972 y 1974 era que el juez Stewart no estaba preparado para unirse a los cuatro discrepantes y crear una nueva mayoría a favor de limitar el *busing*. Y, sin embargo, había sido Stewart quien había escrito el dictamen de la mayoría en *Emporia*. No habría tenido dificultades para incrustar sus principios en una sólida roca constitucional para la siguiente generación.

Estamos ahora en condiciones de apreciar la importancia fatídica que tuvo el hecho de que *Keyes v. School District Nº 1, Denver*, se desviase de *Wright v. Council City of Emporia.* Si Brennan hubiese seguido el camino de *Emporia*, las fuerzas de la inercia doctrinal habrían impulsado a la mayoría de *Milliken v. Bradley* en una dirección muy diferente. El punto de partida habría sido el rechazo por parte del juez Stewart de las investigaciones sobre los motivos de los organismos multimiembro por «irrelevantes» e «infructuosas». Efectivamente, es muy probable que la mayoría de *Milliken* hubiese regresado a la senda de *Emporia* si hubiese escuchado la invitación del juez Marshall a una nueva ronda de debates y deliberaciones sobre el caso de Detroit.

Pero el Tribunal simplemente no podía permitirse este lujo, dada su necesidad imperativa de eliminar el tema del campo político[116]. En consecuencia, la mayoría de Burger transformó la aceptación provisional de *Keyes* del intencionalismo en una fórmula rígida que borraba el espíritu de *Brown v. Board of Education* en la esfera de la educación y lo sustituía por una combinación tóxica de legalismos *ad hoc* y gobierno por los números. Los legalismos confinaban artificialmente el alcance del problema a las escuelas del centro urbano. El gobierno por los números centraba su atención en la proporción de blancos y negros en cada escuela de la ciudad, haciendo, por lo tanto, que la huida de los blancos a las áreas suburbanas fuese legalmente irrelevante para la suerte de los sistemas urbanos, que estaban cada vez más dominados por los negros y otras minorías.

Trágico.

---

[116] Véanse las notas 105 y 107 *supra*.

El significado de *Milliken v. Bradley*

Milliken v. Bradley es acertadamente reconocido como un momento decisivo en la educación pública estadounidense[117]. Pero su génesis ha sido malinterpretada. El relato estándar atribuye toda la responsabilidad a Richard Nixon. Hagamos números: cuatro jueces nixonianos, más Potter Stewart, superaban en número de votos a los cuatro magistrados que habían formado parte del Tribunal de Warren. Nada podía ser más sencillo: el Tribunal de Burger estaba simplemente siguiendo el ejemplo de Nixon al retirarse de su compromiso general con el fin de la segregación.

Esta historia no encaja con los hechos. Dirigido por su nuevo presidente, el Tribunal se negó a seguir el ejemplo de Richard Nixon en *Alexander* y en *Swann*. En vez de ello, lo acorraló en una posición que le llevó a unirse al Tribunal, obligando finalmente al Sur a aceptar *Brown v. Board of Education* como la ley vigente. El Tribunal rechazó a Nixon de nuevo cuando *Keyes* refrendó una agresiva campaña de *busing* en el Norte, con Stewart uniéndose al dictamen de Brennan, y Burger haciendo lo propio, pero alegando otros fundamentos jurídicos. Siguió adelante pese a la amenaza del Congreso de unirse a Nixon en un asalto general a su independencia judicial. Paradójicamente, el Tribunal se batió en retirada justo cuando Nixon estaba abandonando la Casa Blanca después de caer en desgracia, pero en un momento en que los porgresistas del Senado ya no estaban en condiciones de mantener una táctica dilatoria contra posteriores asaltos legislativos. En este contexto, el cambio del Tribunal en *Milliken v. Bradley* se entiende mejor como un acto de diplomacia judicial a la luz de la movilización popular contra su fuerte compromiso con la integración. La decisión impidió una confrontación creciente con los poderes políticos, que bien podría haber dañado permanentemente la reivindicación por parte del Tribunal de la independencia judicial.

Considérese la alternativa, en la que la mayoría de *Milliken v. Bradley* hubiese refrendado decididamente el *busing* en toda el área metropolitana. En este escenario, los estadounidenses habrían sido testigos de un drama constitucional que se representó por última en 1964. Del mismo modo que el asesinato de Kennedy traslado a Lyndon B. Johnson la carga de establecer que él era algo más que un presidente accidental, la dimisión de Nixon colocó a Gerald Ford en una posición idéntica. A diferencia de Johnson, no habría podido dejar su impronta proponiendo una agenda de derechos civiles que fuese mucho más allá del Tribunal de Warren. Habría tratado de dominar el escenario constitucional llamando al Congreso a renovar su

---

[117] Véase James Ryan, *Five Miles Away, A World Apart: One City, Two Schools, and the Story of Educational Opportunity in Modern America*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.

ataque al Tribunal presidido de Burger, primero a través de una ley-hito y, si esto no lograba doblegar a los jueces, mediante una enmienda constitucional.

La campaña de Ford habría tocado una fibra sensible en todo el país, con los movimientos de base tanto en el Norte como en el Sur intensificando sus ya de por sí vehementes campañas para defender a las escuelas de barrio de su integración en todas y cada una de las áreas metropolitanas. Tampoco habrían estado solos los blancos movilizándose contra el Tribunal. La opinión pública negra también estaba profundamente dividida y aunque los políticos negros ganaban poder en los núcleos urbanos, eran a menudo reticentes a ceder el control de sus sistemas educativos a tribunales y organismos regionales. Incluso bastiones integracionistas como la NAACP hacían frente a retos en sus propias filas[118].

En ese contexto, es precipitado atribuir el repliegue de *Milliken v. Bradley* al éxito de Richard Nixon en la renovación de la composición del Tribunal. Al contrario: si el Tribunal hubiese presionado en *Milliken* solo habría conseguido generar un movimiento popular aún más poderoso contra la supremacía judicial durante los años de Ford.

Adoptando una perspectiva más amplia, el problema del Tribunal de Burger era similar a los apuros del Tribunal de Hughes durante el primer *New Deal*. Ambos se enfrentaron a un ataque cada vez más intenso del presidente y del Congreso. Ambos tuvieron que decidir si, cuándo y cómo el hecho de organizar un repliegue ante la demanda popular sostenida de un cambio constitucional desbordaba su apelación a la autoridad.

Había diferencias, por supuesto. En primer lugar, a comienzos de la década de 1930, el Tribunal de Hughes trataba de preservar la doctrina tradicional y el presidente y el Congreso eran los reformadores radicales; a comienzos de la década de 1970, era el Tribunal el que encabezaba el intento de reforma revolucionario y el presidente y el Congreso eran quienes defendían la tradición.

En segundo lugar, durante el *New Deal*, Roosevelt y su Congreso estaban transformando la interpretación constitucional en un frente muy amplio; durante los años de Nixon, el Tribunal pretendía transformar unas prácticas muy arraigadas en una esfera importante pero circunscrita. Aunque el Congreso y el presidente estaban resistiendo el *busing* agresivo, también estaban consolidando las leyes-hito de la década de 1960 en las esferas del voto y el empleo. Incluso en el campo de la educación, Nixon y el Congreso aceptaban el *busing* como una herramienta para borrar la identificación pública de escuelas «negras» y «blancas» en el Sur de Jim Crow. La oposición se volvió

[118] Véase Tomiko Brown-Nagin, *Courage to Dissent: Atlanta and the Long History of the Civil Rights Movement*, Nueva York, Oxford University Press, 2011, pp. 357-407.

abrumadora solo cuando los tribunales expandieron su campaña a las escuelas septentrionales que no estigmatizaban *públicamente* a la población negra.

Esta reacción podría no haberse contenido si el Tribunal hubiese seguido adelante con *Milliken v. Bradley*. En algún momento, el presidente Ford o su sucesor podría haber lanzado un ataque más amplio contra los fundamentos legales de la Segunda Reconstrucción. Pero el cambio a tiempo de *Milliken* evitó esta posibilidad. Aunque el *busing* ordenado por los tribunales siguió siendo un tema político candente, nunca volvió a catalizar un ataque frontal al Tribunal como los acaecidos en 1972 y 1974. El peligro potencial, sin embargo, fue reconocido por el juez Marshall en las conclusiones de su poderoso disenso en *Milliken*: «La situación actual, me temo, es más el reflejo de la percepción pública de que hemos ido lo bastante lejos en hacer respetar la garantía de la justicia igual de la Constitución que el producto de determinados principios legales neutrales. A corto plazo, puede parecer que el camino más fácil sea permitir que nuestras grandes áreas metropolitanas se dividan en dos ciudades –una blanca y otra negra– pero este es un camino, predigo, que nuestro pueblo a la larga lamentará haber tomado. Discrepo»[119].

Comparto el pesar de Marshall, pero difiero de él en mi diagnóstico. El cambio de *Milliken v. Bradley* fue el resultado de una herida autoinfligida: si el Tribunal hubiese sido consecuente con las preocupaciones originales de *Brown v. Board of Education* por la autoestima de los niños negros, habría estado en una posición mucho mejor para capear el temporal que se estaba formando. En este escenario alternativo, *Keyes v. School District Nº 1, Denver* y *Milliken v. Bradley* habrían seguido el reconocimiento de *Wright v. Council City of Emporia* según el cual, pese a sus buenas intenciones, el sistema escolar del Norte podría seguir imponiendo unos patrones que humillaban a los niños negros y que les llevaban a fracasar en su educación. El reto, en este enfoque, era que los tribunales de distrito del Norte identificasen las prácticas estigmatizadoras, que podían variar entre diferentes escuelas y sistemas escolares. Solo entonces habrían estado en condiciones de diseñar soluciones adecuadas a los hechos de cada caso particular. Algo de *busing* podría haber mejorado algunos problemas, pero los jueces veían básicamente su papel como el de exhortar a los funcionarios escolares a embarcarse en un proceso serio y sostenido de experimentación y reforma institucionales, que a la larga produjese mejoras mensurables en el rendimiento de los estudiantes pertenecientes a la minoría.

Igual que el Tribunal de Warren de la década de 1950, el Tribunal de Burger se habría movido cautelosamente –con «una velocidad deliberada»– para imponer su agenda de antihumillación durante la década de

[119] *Milliken v. Bradley*, pp. 814-815.

1970 y ello por razones aún más convincentes. La destrucción del sistema de Jim Crow era un paso necesario, aunque no suficiente, para erradicar la humillación institucionalizada en el Sur. Pero no era en absoluto igual de obvio cómo tratar las patologías del Norte que estigmatizaban a los negros de formas menos visibles[120]. Considérese, por ejemplo, el «conducto escuela-cárcel»; en este escenario, por desgracia muy habitual, las autoridades escolares tratan las faltas de conducta relativamente menores de los estudiantes negros con medidas extremas, humillando a los niños de una forma que puede llevarles más rápidamente por el camino de la delincuencia[121]. Este no es un problema que pueda resolverse transfiriendo a los estudiantes negros a escuelas donde haya más blancos. Se *trata*, sin embargo, de una patología que va al corazón de las preocupaciones de *Brown v. Board of Education*, y los tribunales solamente podían ser eficaces implicando a los educadores y a las juntas escolares en un diálogo institucional a largo plazo.

El paralelismo con esta «velocidad deliberada» de la década de 1950 tiene raíces más profundas. El dictamen original de Warren hizo una contribución enorme al poner la cuestión de la raza en el centro del debate constitucional, aunque ello no fue suficiente para obtener la conformidad del Sur. Permitiendo que los tribunales de distrito avanzasen lentamente, *Brown v. Board of Education II* dio margen a los líderes políticos nacionales y al movimiento de los derechos civiles para embarcarse en el enorme trabajo político necesario para aprobar una *Civil Rights Act*, que finalmente proporcionó a Johnson y a Nixon las herramientas que necesitaban para empezar a romper seriamente la resistencia sureña.

Como hemos visto, los legalistas a veces critican al Tribunal de Warren por el ritmo lento de su avance en la década de 1950. De acuerdo con este punto de vista, la «velocidad deliberada» solo dio al Sur tiempo para alargar de forma interminable la cuestión, mientras que la postura «¡integración ya!» habría producido su conformidad. Esto es una mera fantasía. *Brown v. Board of Education I* provocó una enorme reacción en el Sur, y habría transcurrido por lo menos una década antes de que la política nacional pudiese reorganizarse para generar una respuesta sostenida. Una cosa era que Eisenhower se mantuviese firme en Little Rock, pero ¿habría perseverado si se hubiera producido una reacción en cadena de tales explosiones provocada por una serie de órdenes de los tribunales insistiendo en la inmediata abolición de la segregación?

---

[120] Véase Owen Fiss, «The Jurisprudence of Busing», *Law & Contemporary Problems*, vol. 39, 1975, pp. 194, 199-206

[121] Para una visión amplia del problema, véase Sofia Behana *et al.* (eds.), *Disrupting the School to Prison Pipeline: Structuring Legal Reform*, Cambridge (MA), *Harvard Educational Review*, 2012. Para un punto de vista legal, véase Catherina Kim, Dan Losen y Damon Hewitt, *The School to Prison Pipeline: Structuring Legal Reform*, Nueva York, New York University Press, 2010.

Cuando el Tribunal de Burger miraba hacia el Norte, afrontaba un desafío político aún mayor. Al final del mandato de Nixon, el pueblo estadounidense se estaba claramente desconectando de la intensa batalla en pro de los derechos civiles negros, que tantos avances había producido en la década de 1960: se estaba volviendo al reino de la política normal, en el que los defensores de los derechos civiles ya no podían afirmar de manera creíble que la mayoría movilizada de los estadounidenses de a pie estuviese de su lado.

Está más allá del poder de cualquier Tribunal Supremo impedir el declive inexorable de la movilización constitucional por parte de los estadounidenses normales y corrientes. Igual que con *Brown v. Board of Education I* y *II*, lo máximo que se podía hacer era mantener la cuestión de la educación en la agenda constitucional durante la siguiente generación, presionando a los movimientos sociales y a los políticos a tomarse en serio el problema.

Los momentos constitucionales también tienen un final. Ningún gran movimiento popular es eterno; el pueblo acaba regresando inexorablemente a sus asuntos más privados, mientras otros asuntos públicos empezarán a exigir una mayor atención. Esto no significa que fuese imposible hacer más progresos en la cuestión de las relaciones raciales. El recuerdo de los triunfos de los derechos civiles conformó profundamente la política de la siguiente generación. Los abogados todavía podían obtener victorias –y sufrir derrotas– mediante el más ordinario toma y daca de la ley y la política estadounidenses. Tal vez llegaría un día en que la atención persistente del Tribunal Supremo en los patrones de la humillación institucional catalizaría una amplia movilización para que una Tercera Reconstrucción completase el asunto inconcluso de lograr la justicia racial en Estados Unidos.

Pero si llegara este día, se necesitaría otro esfuerzo generacional. Progresistas como Brennan y Marshall tenían dificultades para asumir esta verdad. Habían estado presidiendo uno de los grandes momentos constitucionales de la historia estadounidense, uno en el que el Tribunal Supremo había desempeñado un papel de liderazgo sin precedentes. Era tentador para los jueces suponer que su momento triunfal continuaría y que podrían seguir contando con el apoyo a regañadientes del Congreso y del presidente a su persistente liderazgo constitucional.

Partiendo de esta premisa, puede que tuviera su lógica a corto plazo que Brennan improvisase una mayoría para el *busing* urbano en *Keyes*, aunque esto significase un cambio de dirección respecto a *Brown v. Board of Education*. Al fin y al cabo, él nos aseguró, este giro lo hacía solo «a los efectos de este caso»: una vez que la campaña del Norte estuviese en marcha, habría tiempo suficiente para regresar al camino marcado por *Emporia*.

Bastó un año para que los poderes políticos hiciesen explotar estos felices sueños, dejándonos con lo peor de dos mundos. Muchas ciudades

septentrionales escaparían enteramente al escrutinio judicial cuando los litigantes no pudiesen encontrar pruebas de malas intenciones, aunque sus sistemas escolares humillasen sistemáticamente a los escolares del gueto.

Aún peor, cuando los tribunales podían identificar infractores institucionales, a menudo se encontraban en situaciones como la de Detroit, en las que era imposible desegregar las escuelas debido a que la mayoría de blancos habían escapado a las áreas suburbanas. El resultado fue una forma contraproducente de gobierno por los números, que equiparaba la proporción entre blancos y negros sin implicar a las juntas escolares en el intento a largo plazo requerido para atacar patrones de humillación muy arraigados, que predominaban en las escuelas de mayoría negra[122].

Todo esto es historia antigua. Mi objetivo no es litigar de nuevo con el pasado, sino alentar al futuro para obtener una perspectiva más profunda sobre el precipitado cambio a tiempo en *Milliken v. Bradley*. Hemos de considerar el giro brusco de *Keyes v. School District Nº 1, Denver* respecto a *Brown v. Board of Education* como un trágico error. En vez de repetir constantemente su interpretación intencionalista de la discriminación *de iure*, hemos de recuperar la sabiduría más profunda de *Wright v. Council City of Emporia* y su reafirmación unánime de la visión de Warren en *Brown v. Board of Education* como un principio organizador de la Segunda Reconstrucción.

[122] *Milliken v. Bradley* volvió al Tribunal Supremo en 1977, cuando los jueces consideraron si el tribunal de distrito tenía el poder de complementar su orden de *busing* exclusiva para Detroit con «programas educacionales compensatorios o de recuperación para los escolares que habían estado sometidos en el pasado a actos de segregación *de iure*», véase *Milliken v. Bradley*, 433 U.S., 1977, pp. 267, 269. Confirmando este aspecto del decreto, el presidente del Tribunal Supremo Burger reconocía que «los niños que han sido educacional y culturalmente separados de la comunidad más grande adquirirán inevitablemente hábitos de habla, comportamiento y actitudes que reflejarán su aislamiento cultural. Es probable que adquieran hábitos de habla, por ejemplo, diferentes de los que son propios en el entorno en el que en última instancia tendrán que funcionar y competir, si tienen que entrar a formar parte de esta comunidad», *ibid*., p. 287. Esto se acerca mucho a reconocer la humillación como un mal constitucional, aunque solo en la fase compensatoria, una vez establecido que había discriminación intencional. Para otro gesto (inadecuado) hacia el principio de antihumillación, véase *Lau v. Nichols*, 414 U.S., 1974, p. 563.

Este libro no sigue la suerte de *Brown v. Board of Education* durante el medio siglo posterior al «cambio a tiempo» del Tribunal en 1974. Basta con recapturar su centralidad en la política constitucional de la era de los derechos civiles. Véase el capítulo 14.

XIII
ESFERAS DE INTIMIDAD

La confrontación del Tribunal Supremo con la educación pública era particularmente compleja, pero sus retos estaban enraizados en dos factores fundamentales. Por un lado, el liderazgo de los jueces en la abolición de la segregación de las escuelas había sido ratificado por el consentimiento popular expresado en la *Civil Rights Act* de 1964. Por otro, el Tribunal no podía cumplir *Brown v. Board of Education* en el mundo real sin vencer la fuerte resistencia de los gobiernos estatales y locales. Si el Tribunal quería triunfar tenía que cumplir dos condiciones: la primera, convencer a los presidentes para que utilizasen las nuevas herramientas que les proporcionaba la *Civil Rights Act* para vencer la resistencia institucional; la segunda, convencer al pueblo estadounidense para que mantuviese los compromisos hechos en 1964.

Del dicho al hecho hay mucho trecho. Si bien el Tribunal consiguió satisfacer estas condiciones en el Sur, solo pudo triunfar en el Norte reduciendo las ambiciones de su programa de *busing* en *Milliken v. Bradley*. Teniendo en cuenta los riesgos cada vez mayores del rechazo legal y popular, no cuestiono la sabiduría de este cambio a tiempo, pero sí lamento el abandono por parte de *Milliken* del gran dictamen de Warren al batirse precipitadamente en retitrada. Los jueces podrían haber sostenido el principio de la antihumillación de *Brown v. Board of Education* procediendo con una «velocidad deliberada»: reduciendo el *busing* para centrar más su atención en las prácticas concretas que estigmatizaban a los niños de la minoría en las escuelas del gueto. Sin embargo, las contingencias del litigio y la necesidad de una acción rápida llevaron a un tropiezo en una senda diferente, que ponía de relieve la presencia o ausencia de las malas intenciones gubernamentales, y no las humillaciones sufridas por los niños del gueto, como el factor decisivo en la limitación de su campaña de *busing* en el Norte. Este traspié, sugiero yo, no debe impedirnos ver la duradera importancia de la enfática reafirmación que hace *Emporia* del dictamen de Warren.

Llegaré a una conclusión similar, pero desde una perspectiva diferente, cuando valore la actuación del Tribunal a la hora de cambiar radicalmente la ley del matrimonio interracial y la intimidad sexual.

Cuando el Tribunal revocó finalmente la prohibición de la miscegenación en 1967, el dictamen en *Loving v. Virginia*, como en *Milliken v. Bradley*, desvió la atención legal del mal de la humillación institucionalizada; en este caso, de la humillación cotidiana sufrida por las parejas interraciales privadas del derecho a casarse. Pero la retirada de *Loving v. Virgina* respecto a *Brown v. Board of Education* la generó una dinámica institucional diferente: los legalismos de *Loving v. Virgina* representan una solución ingeniosa al problema del *liderazgo por defecto*.

Mi punto clave: durante toda la revolución de los derechos civiles el presidente y el Congreso no estaban en absoluto dispuestos a aprobar una ley federal prohibiendo las leyes estatales antimiscegenación. Si alguien iba a derribar estas barreras, sería el Tribunal Supremo. Pero los jueces también se mostraban muy reacios a intervenir, temiendo que un ataque frontal a unos tabús profundamente arraigados pudiese generar una reacción que podía poner en peligro toda la empresa.

Esto se hizo evidente cuando un caso que cuestionaba el matrimonio interracial se presentó ante los jueces poco después de *Brown v. Board of Education*. El Tribunal Supremo de Virginia se había negado a aplicar la sentencia de este caso para condenar la prohibición estatal del matrimonio. Pero el Tribunal declinó dar marcha atrás pese al carácter convincente de los motivos de los apelantes. Aunque destacados legalistas como Herbert Wechsler condenaron su acción, el juez Felix Frankfurter convenció a sus colegas para que evitasen la avalancha de protestas populares que seguiría a la invalidación. En este vulnerable momento, el Tribunal se negó a hacer nada que pudiese hacer peligrar todavía más sus intentos de acabar con la segregación de las escuelas sureñas a una «velocidad deliberada».

Los jueces siguieron eludiendo el tema hasta que el Congreso aprobó la *Civil Rights Act* en 1964. En el gran debate sobre esta ley hito, la cuestión de la miscegenación nunca fue seriamente abordada; ya era bastante difícil llegar a un acuerdo sobre temas como los establecimientos públicos, la educación y el empleo sin meter en el saco un tema tan candente como este.

Sin embargo, los jueces pensaron que era el momento oportuno de hacer una cautelosa irrupción en esta área con *McLaughlin v. Florida*. Incluso entonces, el Tribunal se conformó con un dictamen limitado y esperó hasta 1967 para revocar las prohibiciones del matrimonio interracial en *Loving v. Virginia*. En ese momento, las leyes-hito de 1964 y 1965 ya estaban generando transformaciones en el mundo real en otros muchos frentes y ahora parecía más seguro adentrarse en este terreno peligroso.

En el momento oportuno, los jueces podrían aprovechar un rasgo especial de su problema para seguir adelante y llegar a una conclusión positiva.

En contraste con lo sucedido en el ámbito de la educación pública, el Tribunal Supremo no topó con un problema serio de resistencia institucional: aunque algunos pastores religiosos y autoridades públicas podrían negarse a participar en los matrimonios interraciales, sería relativamente fácil encontrar otros que llenasen este vacío. Así, si el Tribunal decidía desafiar el tabú del matrimonio mixto, ello tendría consecuencias en el mundo real.

Solo quedaba un peligro importante. Si bien las parejas interraciales podrían encontrar alivio a su problema, la decisión del Tribunal podría muy bien exacerbar la resistencia sureña a la abolición de la segregación escolar, que aún era formidable en 1967. Al redactar su dictamen para el Tribunal, Earl Warren dio pasos para minimizar este peligro evitando basarse excesivamente en *Brown v. Board of Education*. En vez de fundamentar su juicio directamente en los precedentes de desegregación escolar, se remontó un cuarto de siglo en el tiempo, a las decisiones del Tribunal confirmando la detención de estadounidenses de origen japonés durante la Segunda Guerra Mundial, y las convirtió en precedentes fundacionales de *Loving v. Virgina*.

La elección de Warren pudo parecer sorprendente al principio. Si uno está redactando un dictamen que ha de erradicar las incontables humillaciones sufridas por las parejas interraciales a las que se les negaba el matrimonio, ¿por qué resucitar decisiones tomadas en tiempos de guerra que *confirmaban* las incontables humillaciones sufridas por los estadounidenses de origen japonés en los campos de detención?

La respuesta se encuentra en los gestos retóricos invocados por el Tribunal Supremo durante la guerra. Antes de llegar a esta conocida conclusión, los jueces se esforzaron en dejar claro que las categorías raciales eran «inherentemente sospechosas» y que respaldaban las detenciones solamente, porque se producían en apoyo del interés «primordial» en la seguridad nacional. Estos hechos dotados de importancia jurídica proporcionaron a Warren la oportunidad que necesitaba para revocar la prohibición racial de Virginia sin hacer hincapié en *Brown v. Board of Education*. Explicó que no estaba en juego ningún interés tan «fundamental» respecto a la prohibición del matrimonio interracial; al contrario, estaba «concebido para mantener la supremacía blanca» y, por consiguiente, era incompatible con la Cláusula de Igual Protección.

Al reformular la cuestión en términos heredados de la Segunda Guerra Mundial, Warren estaba atenuando el problema de legitimación subyacente del Tribunal de una manera magistral. No, explicó, el Tribunal *no* estaba llevando la revolución de los derechos civiles más allá del alcance de las preocupaciones refrendadas por Nosotros, el Pueblo. Estaba simplemente

aplicando la ley elaborada por Nosotros, los Jueces al resolver casos difíciles provocados por el esfuerzo de guerra, que había involucrado a *todos* los patriotas estadounidenses, tanto norteños como sureños. Apelando a una doctrina de tiempos de guerra al servicio de la igualdad de derechos, Warren tuvo un éxito notable al obtener la aceptación de la decisión del Tribunal. Pese al constante y reiterado prejuicio en contra del matrimonio interracial, hubo curiosamente muy poca oposición a *Loving v. Virgina*.

El éxito de Warren en la resolución de este dilema de la legitimación tuvo un precio. Desvió la atención doctrinal de la concentración de *Brown v. Board of Education* en las humillaciones presentes en el mundo real de las parejas interraciales al análisis efectuado por *Loving v. Virgina* de los propósitos sospechosos de los legisladores, que imponían las prohibiciones a los matrimonios mixtos. Si bien en su momento esto pudo parecer una transacción valiosa, el cambio de *Brown v. Board of Education* a *Loving v. Virgina* ha adquirido un significado más alarmante en décadas posteriores. *Loving v. Virgina* ya no es interpretado como un despliegue virtuoso del liderazgo del Tribunal de Warren al desplazarse más allá de las esferas de la preocupación popular marcadas por las leyes-hito. Pero, en cambio, amenaza con desplazar a *Brown v. Board of Education* como dictamen paradigmático de la era de los derechos civiles.

Volvemos, por fin, al acertijo con el que iniciamos nuestras investigaciones doctrinales: si bien los juristas actuales siguen reconociendo *Brown v. Board of Education* como la decisión más importante del siglo XX, no se toman en serio las palabras de Warren en la medida en que reflexionan sobre el significado constitucional de la igualdad. Este capítulo va a la raíz del problema considerando cómo *Loving v. Virgina* se convirtió en el competidor doctrinal de *Brown v. Board of Education* en la década de 1960. Al relatar esta historia no pretendo minimizar la importancia de la campaña del Tribunal Supremo contra las leyes que se oponían a la miscegenación. Pero niego que *Loving v. Virgina* merezca ocupar un lugar central en el canon de los derechos civiles. Simplemente representa un intento por parte de Nosotros, los Jueces de llenar un hueco dejado en la estela de un conjunto histórico de decisiones tomadas por Nosotros, el Pueblo. Hemos de considerar a *Loving v. Virgina* como un complemento –y no como un sustituto– de los principios elaborados en *Brown v. Board of Education*, en *Wright v. Council City of Emporia* y en las leyes-hito.

Mi tesis de la «complementariedad» se entiende mejor siguiendo el sinuoso camino recorrido por el Tribunal Supremo mientras se preparaba para hacer frente al muy extendido tabú en contra del matrimonio interracial. Este relato detallado prepara el terreno a una interpretación histórica más profunda de la reciente decisión del Tribunal en *United States v. Windsor*, que revoca la *Defense of Marrige Act*. Al requerir al gobierno

federal que reconociese la legitimidad de los matrimonios homosexuales, el dictamen del juez Kennedy para el Tribunal proporciona una llamativa confirmación de mi tesis de la complementariedad. Trata la preocupación de *Loving v. Virgina* por los propósitos legislativos sospechosos como un tema secundario, haciendo hincapié en los males de la humillación institucionalizada al vindicar las afirmaciones de las parejas del mismo sexo. Con este avance, Kennedy está invitando a una nueva generación a restablecer la interpretación original de *Brown v. Board of Education* en su lugar central en el legado de los derechos civiles.

De la velocidad deliberada a la evasión deliberada

Las prohibiciones de los matrimonios mixtos eran mucho más frecuentes que otras formas de discriminación legal. A finales de la década de 1940, treinta estados prohibieron los matrimonios mixtos, muchos de ellos las uniones con personas asiáticas o personas indias americanas, además de las uniones con personas negras[1]. No estamos hablando de una anomalía sureña. Las leyes expresaban un tabú nacional, con los estados del nordeste y del Medio Oeste como excepciones a la regla racista.

El poder judicial no mostraba ninguna inclinación a cuestionar estas prohibiciones. Los Tribunales Supremos estatales de Arizona, Colorado, Nebraska, Montana y Oregón habían afirmado recientemente su constitucionalidad, uniéndose a sus homólogos de lugares más previsibles[2]. Estos fundamentos legales los había establecido en la década de 1880 el Tribunal Supremo en *Pace v. Alabama*, donde el juez Stephen Field respaldaba las leyes antimiscegenación siempre que «el castigo de cada persona infractora, sea blanca o negra, sea el mismo»[3]. El dictamen de *Pace* fue unánime; incluso John Marshall Harlan, que discrepó en los *Civil Rights Cases* y en *Plessy v. Ferguson,* estaba de acuerdo con la opinión de que las enmiendas de la Segunda Reconstrucción no eran aplicables a la esfera de la intimidad sexual.

---

[1] Véase Peggy Pascoe, *What Comes Naturally: Miscegenation Law and the Making of Race in America*, Nueva York, Oxford University Press, 1989, pp. 118, 243 y cuadros. Catorce estados prohibieron los matrimonies entre personas blancas y negras, once incluyeron también las uniones entre personas blancas y asiáticas, y otros cuatro proscribieron los matrimonios entre personas blancas y nativas americanas. Carolina del Sur permitía a blancos y asiáticos casarse, pero prohibía las uniones entre personas blancas y negras y/o personas indias americanas.

[2] *Kirby v. Kirby*, 24 Ariz., 1922, p. 9; *Jackson v. Denver*, 124 P. 2d 240 (Colo. 1942); «In re Shun T. Takahashi's Estate», 129 P. 2d 217 (Mont. 1942); *Davis v. Meyer*, 212 N.W. 435 (Neb. 1927); «In re Paquet's Estate», 200 P. 911 (Or. 1921). Los tribunales sureños habían resuelto el tema poco después del final de la Primera Reconstrucción. Véase, por ejemplo, *Green v. State*, 58 Ala., 1877, p. 190; *State v. Kennedy*, 76 N.C., 1877, p. 251; *Lonas v. State*, 50 Tenn., 1871, p. 287. Algunos tribunales de estados fronterizos esperaron un poco más. Véase, por ejemplo, *Dodson v. Arkansas*, 31 S.W., 1895, p. 977.

[3] *Pace v. Alabama*, 106 U.S., 1883, pp. 583, 585. La ley en *Pace v. Alabama* prohibía la fornicación y el adulterio interraciales, pero sus motivos se extendían igualmente a los matrimonios mixtos.

El consenso judicial estaba profundamente arraigado en el sentimiento popular. En su clásico *An American Dilemma*, Gunnar Myrdal fue más allá de las reflexiones generales sobre el prejuicio para identificar aquellas prohibiciones raciales que eran de la mayor importancia para negros y blancos. Sus extensas entrevistas con blancos indicaban que daban la máxima prioridad al mantenimiento de «la prohibición de los matrimonios mixtos y de las relaciones sexuales en los que estuviesen involucradas mujeres blancas» y que la segunda mayor amenaza era la que planteaban acciones como «bailar, bañarse, comer y beber» en ambientes racialmente mixtos. En contraste con esta rígida defensa de la pureza racial, los blancos ofrecían menos resistencia a hacer concesiones en esferas más públicas, como la de la educación pública o la de la política. Estaban más abiertos a los progresos de las personas negras en la obtención de «trabajo u otras formas de ganarse la vida»[4].

Las prioridades de la población negra eran similares: el trabajo era lo más importante, seguido de los avances en esferas estratégicas como la educación y el voto, que podían transformar su situación económica y política. Por el contrario, tenían un interés «distante y dudoso» en apoyar los matrimonios mixtos[5].

Myrdal publicó su libro en 1942, pero el tabú de la miscegenación mantuvo su fuerza durante mucho tiempo. Durante la década de 1950 más del 90 por 100 de la población blanca *no* sureña se oponían al matrimonio interracial, que entre los negros seguía siendo muy polémico[6]. En este contexto, la NAACP tenía cosas mejores que hacer con su tiempo que organizar un ataque público contra las leyes contra la miscegenación. Si bien apoyaba discretamente a grupos como la American Bar Association en su lucha por revocar leyes estatales restrictivas a finales de la década de 1950, no se pronunciaba públicamente sobre la cuestión del matrimonio[7].

El Fondo de Defensa Legal de la NAACP también se negó a respaldar litigios en los casos que podían sentar jurisprudencia: los pleitos, o bien fracasaban y creaban un mal precedente, o triunfaban y aumentaban la resistencia blanca sobre temas de mayor importancia para la comunidad negra[8]. Pero el Fondo de Defensa Legal no podía impedir que otros

---

[4] Véase Gunnar Myrdal, *An American Dilemma: The Negro Problem and Modern Democracy* [1944], Nueva York, Harper & Row, 1962, pp. 60-61.

[5] *Ibid.*, p. 61.

[6] Véase M. Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*, cit., p. 321; Virginia Schoff, «Deciding on Doctrine: Anti-Miscegenation Statutes and the Development of Equal Protection Analysis», *Virgnia Law Review*, vol. 95, 2009, pp. 627, 632 y nota 19.

[7] Véase Alex Lubin, *Romance and Rights: The Politics of Interracial Intimacy 1945-1954*, Jackson (MS), University Press of Mississippi, 2005, pp. 75-76.

[8] Véase P. Pascoe, *What Comes Naturally: Miscegenation Law and the Making of Race in America*, cit., p. 203.

grupos de interés públicos tensasen la cuerda al máximo. Concretamente, la agenda de la American Civil Liberties Union (ACLU) hacía hincapié en los derechos individuales y consideraba que la reivindicación de las parejas interraciales era demasiado imperiosa como para ignorarla. Junto con la Japanese American Citizens League, la ACLU logró su primera victoria en 1948, convenciendo al Tribunal Supremo de California para que revocase su normativa en *Perez v. Sharp*[9]. Con el Fondo de Defensa Legal al margen, la ACLU encabezó nuevos litigios con la esperanza de llevar el asunto ante el Tribunal Supremo[10].

El resultado fue *Naim v. Naim*, que llegó al más alto tribunal de Virginia inmediatamente después de *Brown v. Board of Education*. Pese a la enérgica defensa de la ACLU, el tribunal se negó a ampliar la lógica de Warren al matrimonio interracial, insistiendo en que la decisión de *Pace v. Alabama* de 1883 seguía siendo buena ley[11]. Su dictamen unánime declaraba que nada «en la Decimocuarta Enmienda […] niega el poder del estado para regular la relación matrimonial para no tener una raza híbrida de ciudadanos»[12].

El reto planteado por la decisión del tribunal del estado era muy claro. En todo el Sur, los oponentes denunciaban a *Brown v. Board of Education* como la apertura de un intento progresista para «hibridar» a la raza blanca[13]. Cuando chicos y chicas se relacionen en la escuela, el sexo y el matrimonio interraciales serán inevitables. ¿Estaba preparado el Tribunal de Warren para confirmar estas inquietudes rechazando de plano la orgullosa declaración de *Naim* según la cual «la preservación de la integridad racial es una política incuestionable de este estado»?[14].

Normalmente los jueces pueden evitar estos encuentros políticamente tan explosivos negándose a atender una disputa particular, que es precisamente lo que hicieron en un caso similar de Alabama[15]. Pero

---

[9] *Perez v. Sharp*, 32 Cal. 2d, 1948, p. 711.
[10] Véase Chang Moon Sohn, «Principle and Expediency in Judicial Review: Miscegenation Cases in the Supreme Court», 1970, p. 129 (tesis doctoral no publicada, Universidad de Columbia; archivo del autor): «La NAACP era muy consciente de los casos que sentaban jurisprudencia formulados por […] la ACLU y los Consejos Interraciales. La NAACP fue incluso abordada por la ACLU para un posible apoyo en estos casos, pero no estaba dispuesta a ir más lejos que prestar discretamente sus materiales sobre miscegenación a la ACLU». Sohn cita un memorándum del 31 de marzo de 1948 de Constance Baker Motley, de la NAACP, en apoyo de su discusión. No he podido examinar este documento.
[11] Véase *Naim v. Naim*, 87 S.E. 2d 749 (Va. 1955).
[12] *Ibid.*, p. 756.
[13] Véase P. Pascoe, *What Comes Naturally: Miscegenation Law and the Making of Race in America*, cit., pp. 202-204, 250; V. Schoff, «Deciding on Doctrine: Anti-Miscegenation Statutes and the Development of Equal Protection Analysis», cit., pp. 632-636.
[14] *Naim v. Naim*, p. 752.
[15] *Jackson v. State*, 37 Ala. App. 519 (Ct. App. 1954), *cert. denied*, 348 U.S., 1954, p. 888.

la ACLU cerró esta vía de escape presentando su caso de una forma que puso al Tribunal ante la obligación legal de considerar sus méritos[16]. Para fortalecer aún más su posición, buscó aliados potenciales para que se unieran a su llamada.

Solo para encontrarse con su primer baño de realidad. Sus abogados supieron vía rumores que Thurgood Marshall «estaba muy descontento con *Naim*», porque temía el impacto que podría tener en la abolición de la segregación escolar. La ACLU tampoco consiguió nada con su intento de obtener el apoyo del Departamento de Justicia, por el mismo motivo[17]. Pero la ley es la ley y, guste o no, el Tribunal no podría eludir su momento de la verdad.

¿O sí podría? El juez Frankfurter tomó la delantera instando a sus colegas a evitar una decisión que propulsaría la miscegenación al «vórtice del actual desasosiego» e «incomodaría seriamente la aplicación del decreto del Tribunal del pasado mayo»[18]. Frankfurter se refería a la reciente decisión de los jueces en *Brown v. Board of Education II*, que había refrendado una aproximación lenta al fin de la desegregación. Su temor era obvio: rechazar *Naim v. Naim* provocaría un revuelo tal que la «velocidad deliberada» no iría a ninguna parte. En su opinión, esta consideración general debería imponerse sobre los argumentos «técnicos para decidir *Naim* sustancialmente[19].

Warren estaba «furioso» por la maniobra de Frankfurter, pero el único juez al que consiguió reclutar para su causa fue Black[20]. El 11 de noviembre de 1955 el Tribunal emitió un dictamen sucinto devolviendo el caso a juicio para una mayor clarificación de los temas[21].

El Tribunal Supremo de Virginia respondió con un desafío rotundo: declaró unánimemente que el sumario ya era lo bastante claro para condenar el matrimonio de *Naim*, y se negó a ordenar que el juzgado instructor tomase nuevas medidas[22]. Dos meses después, la ACLU estaba de nuevo en Washington DC insistiendo en que el Tribunal preservase la integridad

---

[16] «Brief for Petitioner-Appellant in Opposition to Appellee's Motion to Dismiss or Affirm», pp. 2-4, *Naim v. Naim*, 350 U.S., 1955, p. 891 (No 366).
[17] Ch. M. Sohn, «Principle and Expediency in Judicial Review: Miscegenation Cases in the Supreme Court», cit., p. 84 (citando memorándums de y para el equipo de la ACLU).
[18] Véase Felix Frankfurter, «Memorandum, Naim v. Naim», microfilmado en Frankfurter Papers, 2ª parte, rollo 17, fotogramas 588-590 (University Publications of America, 1986). Véase Dennis Hutchinson, «Unanimity and Desegregation: Decisionmaking in the Supreme Court, 1948-1958», *The Georgetown Law Journal*, vol. 68, 1979, pp. 95-96; V. Schoff, «Deciding on Doctrine: Anti-Miscegenation Statutes and the Development of Equal Protection Analysis», cit., p. 637-640.
[19] F. Frankfurter, «Memorandum», cit. El juez Frankfurter escribe: «Que recuerde, esta es la primera vez que me veo ante la tarea de resolver un conflicto entre consideraciones legales técnicas y consideraciones morales».
[20] Véase B. Schwartz, *Super Chief, Earl Warren and His Supreme Court: A Judicial Biography*, cit., p. 161.
[21] 350 U.S., 1955, p. 891.
[22] *Naim v. Naim*, 90 S.E. 2d 849 (Va. 1956).

de su mandato. Pero fue en vano: el Tribunal ondeó la bandera blanca de la rendición el 12 de marzo de 1956, dejando caer a *Naim v. Naim* permanentemente de su lista de casos[23].

En sus Holmes Lectures de 1959, Herbert Wechsler condenó esta rendición como «totalmente carente de base legal», sugiriendo la existencia de una incoherencia más profunda en el propio *Brown v. Board of Education*[24]. Su ataque a la decisión de Warren tildándola como carente de principios generó uno de los mayores debates del siglo XX y algunos destacados expertos trataron de reescribir *Brown v. Board of Education* en respuesta a su crítica[25]. A efectos de lo que nos interesa aquí, es más importante recalcar que el Fondo de Defensa Legal no se unió a este coro. En vez de ello, Jack Greenberg, su director, reafirmó su antigua resistencia a litigar sobre el estatus de las leyes contra la miscegenación. Defendió la decisión del Tribunal de evitar ese «tema incendiario» en el momento en que se estaba produciendo «una oposición estridente en pro de medidas menos polémicas de desegregación», que, según se decía, «conducían supuestamente […] al matrimonio mixto»[26].

La posición de Greenberg anticipaba los temas antiwechslerianos formulados tres años más tarde por Alexander Bickel en su obra *The Least Dangerous Branch*[27]. En este texto clásico, Bickel elaboraba una visión del Tribunal Supremo como un partícipe comprometido en un diálogo constitucional con los poderes políticos y, en última instancia, con el pueblo estadounidense. Desde este punto de vista, el Tribunal tenía razón al reconocer que *Brown v. Board of Education* estaba luchando por su propia supervivencia en 1956, y que pasarían muchos años antes de que el pueblo estadounidense, actuando mediante sus instituciones políticas, determinase su destino. En vez de pretender lo contrario, los jueces tuvieron la sensatez de diferir grandes declaraciones sobre el verdadero significado de *Brown v. Board of Education* hasta que el pueblo se hiciese oír acerca de la primera gran intervención del Tribunal en la esfera de la educación pública.

Desde la década de 1960 hasta el día de hoy, el debate académico entre bickelianos y wechslerianos no se ha interrumpido y no parece que vaya

---

[23] *Naim v. Naim*, 350 U.S., 1956, p. 985.

[24] Herbert Wechsler, «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959, pp. 1, 34.

[25] Véase, por ejemplo, Charles Black, «The Lawfulness of the Segregation Decisions», *Yale Law Journal*, vol. 69, 1960, p. 421; Louis H. Pollak, «Racial Discrimination and Judicial Integrity: A Reply to Professor Wechsler», *Universtiy of Pennsylvania Law Review*, vol. 108, 1959, p. 1.

[26] Jack Greenberg, *Race Relations and American Law*, Nueva York, Columbia University Press, 1959, p. 345; Peter Wallenstein, «Race, Marriage and the Law of Freedom: Alabama and Virginia, 1860s-1960s», *Chicago-Kent Law Review*, vol. 70, 1994, pp. 371, 415 y nota 214.

[27] Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New Haven (CT), Yale University Press, 1962, p. 174.

a hacerlo en un futuro próximo. Sin embargo, este gran debate no debe hacernos olvidar que la visión bickeleana se impuso en *Naim*, con Felix Frankfurter triunfando sobre la insistencia legalista de Warren y Black por siete votos contra dos. Es más, los jueces se pusieron decididamente a un lado, mientras la academia legal debatía ruidosamente la crítica de Wechsler[28]. Fue la dinámica de la política constitucional, no las controversias de los juristas constitucionales, lo que puso punto final a un silencio que había durado toda una década.

El curioso conservadurismo del Tribunal de Warren

El 15 de junio de 1964, los jueces del Tribunal Supremo abordaron finalmente un caso que planteaba la cuestión de la miscegenación, justo cuando el Congreso estaba aprobando la *Civil Rights Act*[29]. Para cuando se pronunció en *McLaughlin v. Florida* en diciembre, el inequívoco refrendo del Congreso a *Brown v. Board of Education* había sido confirmado por la aplastante victoria de Johnson[30]. De todos modos, el Tribunal manejó los temas con una cautela extrema, dando un paso tan pequeño que tuvo que regresar tres años más tarde para emitir una condena general de las leyes racistas sobre el matrimonio en *Loving v. Virginia*. Incluso entonces, este último caso adoptó un enfoque doctrinal muy conservador sobre el problema.

La cautela legalista del Tribunal puede parecer sorprendente. Al fin y al cabo, el periodo comprendido entre *McLaughlin v. Florida* (1964) y *Loving v. Virgina* (1967) fue un momento de una gran creatividad constitucional en otras esferas; recuérdese el notable ataque constitucional de *Harper v. Virginia State Board of Elections* a los impuestos de capitación, por ejemplo[31]. ¿Cuál era la diferencia en este caso?

La diferencia era que el Tribunal estaba operando en un entorno institucional muy diferente. En casos como *Harper*, estaba haciendo una interpretación transformadora de la Decimocuarta Enmienda en respuesta a la invitación expresa del Congreso, en la *Voting Rights Act*, a repensar los principios básicos. En *McLaughlin v. Florida* y *Loving v. Virgina*,

---

[28] Reva Siegel, «Equality Talk», *Harvard Law Review*, vol. 117, 2004, pp. 1470, 1489-1497, donde se resume la discusión académica.

[29] *McLaughlin v. Florida* llegó al tribunal en segunda instancia, de modo que la cuestión crítica era si los jueces le dedicarían una consideración plenaria o lo descartarían sumariamente. El Tribunal eligió la primera opción el 15 de junio de 1964 (377 U.S., 974), cinco días después de que el Senado hubiese finalmente anulado la táctica dilatoria del Sur contra la *Civil Rights Act*, garantizando su éxito.

[30] *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S., 1964, p. 184. La decisión del Tribunal se produjo el 7 de diciembre.

[31] Véase el capítulo 6.

en cambio, el Tribunal no estaba elaborando una decisión tomada por Nosotros, el Pueblo; estaba *complementando* estas decisiones entrando en una esfera que estaba demasiado candente para que los poderes políticos pudieran manejarla bien.

Antes de abordar las cuestiones planteadas por esta «tesis de la complementariedad» es mejor seguir a los jueces paso a paso en su rechazo de *Naim v. Naim* con toda la velocidad deliberada.

* * * * *

Aunque no consiguieron captar la atención del Congreso, las leyes antimiscegenación estaban siendo objeto de un examen serio en otras partes. Fuera del Sur, las asambleas legislativas estaban revocando sus leyes, lo que llevó a una reducción del número de estados antimiscegenación, de treinta en 1947 a diecisiete en 1965[32]. Estas revocaciones tendían a ser asuntos de baja visibilidad, y las asociaciones de la abogacía y otros grupos partidarios de la reforma legal sostenían que las leyes ya no se aplicaban en serio. Pero a finales de la década de 1950, varias secciones locales de la NAACP se estaban uniendo a grupos pro libertades civiles en el esfuerzo desplegado por la revocación[33]. Durante los primeros años de la década siguiente, Row Wilkins, director ejecutivo de la organización nacional, denunció públicamente las leyes antimiscegenación[34]. Sin embargo, la cuestión permaneció en la periferia de la agenda nacional. Cuando en diciembre de 1963 se pidió a los estadounidenses que identificasen «qué cosas estaban realmente tratando de conseguir los negros estadounidenses» que participaban en el «movimiento de los derechos civiles» pusieron de relieve la igualdad en el lugar de trabajo, en la educación, en los establecimientos públicos y en la vivienda. Solo el 4 por 100 mencionaba los matrimonios mixtos[35].

Pero el movimiento no hizo un intento serio de cambiar estas percepciones públicas. En vez de ello, el Fondo de Defensa Legal dio su apoyo al intento de convencer al Tribunal Supremo para que revocase estas prohibiciones por su propia autoridad. Por la época en que *McLaughlin v. Florida* llegó al Tribunal en 1964, el Fondo había presentado a un equipo de primeras figuras liderado por William Coleman, un destacado abogado, y Louis Pollak, decano de la Yale Law School de Yale. Pero, lamentablemente,

---

[32] P. Pascoe, *What Comes Naturally: Miscegenation Law and the Making of Race in America*, cit., p. 243 y cuadro.

[33] *Ibid.*, pp. 238-243. Al principio, la ACLU y la Japanese American Citizens League encabezaron estos intentos, y la NAACP se quedó al margen. Pero con el tiempo la NAACP adoptó un papel más activo, particularmente en California, Nevada e Idaho, *ibid*.

[34] *Ibid.*, p. 255.

[35] *NORC SRS-Amalgam*, diciembre de 1963. Consultado el 24 de marzo de 2013, de iPOLL, Databank, Roper Center for Public Opinion Research, University of Connecticut, http://bit.ly/2FHKC63.

Pollak se atrancó en la vista oral al tratar con una dificultad en el caso. Sus clientes, Connie Hoffman y Dewey McLaughlin habían sido declarados culpables por cohabitación interracial, no por matrimonio interracial. De hecho estaban casados, pero no se atrevieron a presentar su certificado de matrimonio en el juicio por una razón muy simple: la pena por matrimonio interracial era de diez años de cárcel, mientras que la pena por cohabitación «solo» era de un año. En consecuencia, les salía más a cuenta sacar indirectamente a colación el tema del matrimonio, sosteniendo que debía al menos reconocérseles el estatus del matrimonio de hecho que Florida concedía a las parejas racialmente puras.

Pero Pollak no logró explicar claramente este punto cuando Earl Warren preguntó si la pareja estaba realmente casada[36], lo que dejó la puerta abierta a que el ayudante del fiscal general de Florida, James Mahorner, dijese al tribunal que «había pruebas que indicaban que los acusados no estaban casados [y] ni la más mínima prueba de que estuviesen casados entre sí»[37].

Cuando se retiraron a deliberar, Warren insistió en que la ausencia de un certificado de matrimonio era irrelevante: «No puedo ver ningún motivo para negar la unión de hecho a aquellos que son de diferente raza y concedérselo a otros»[38]. Pero incluso el juez Douglas –no precisamente

---

[36] Dado que no existe una transcripción oficial, ofrecemos aquí una transcripción de la grabación de una parte clave del diálogo durante el juicio oral:

Warren: Señor Pollak, ¿estaban estas dos personas casadas con otros?

Pollak: Señor Presidente, eh, hay ciertos testimonios que… eh… yo creo que… eh… con respecto a cada uno de los acusados alguno de ellos había hecho una declaración en este sentido…eh. Ahora bien, respecto a esto…. eh… yo diría que es competencia del jurado creer o no creer esta parte del testimonio del relator.

Warren: ¿Había pruebas en sentido contrario?

Pollak: No había pruebas de que… eh, de que… la señora McLaughlin, o la señora Hoffman, como es mencionada en el acta, se ha descrito a sí misma como casada con… eh… McLaughlin. Eh…, eso declara la señora Goodnick en la página veintidós del sumario.

Warren: Bueno, ese no fue su testimonio, esa fue la declaración de una de las partes indirectas, extrajudicialmente.

Pollak: Pero esto es cierto de todos los testimonios en este caso. El señor presidente del Tribunal…. eh… el testimonio relativo al… eh… matrimonio con otros también fue… eh… un testimonio de oídas o *exparte*. No hay testimonio en este registro procedente de los propios apelantes, que eran los acusados y no subieron al estrado. Eh… o sea que todos los testimonios son de este mismo carácter y… eh… por lo tanto nuestra posición es meramente, señor Presidente, que si a un jurado se le hubiese permitido… considerar el testimonio, podría haber llegado… eh… a ambas conclusiones. Cuando… eh… cuando la señora Goodnick dice, en la página treinta, hablando de los apelantes: «Sé que son marido y mujer y que me pagaban el alquiler. Yo no les molestaba», yo sugiero a este tribunal que esta es… eh… una prueba de la que un jurado podría haber concluido que… eh… estas eran dos personas que se consideraban casadas entre sí. Pero… eh…un jurado podría haber llegado ciertamente a la conclusión contraria; yo ni lo cuestionaría.

Juicio oral, 13:54, *McLaughlin v. Florida*, 379, U.S., 184, 1964.

[37] *Ibid.*, pp. 33:16.

[38] D. Dickson (ed.), *The Supreme Court in Conference (1940-1985)*, cit., p. 694. (conferencia del 16 de octubre de 1964).

conocido por su moderación judicial– discrepó, instando a sus colegas a «desestimar [el caso] por improcedente, porque no hay ningún matrimonio implicado y yo creí que lo había cuando voté que era procedente»[39]. Black y Clark se unieron a Douglas, pero finalmente la mayoría estableció un compromiso. Mantuvieron el caso, pero se abstuvieron de hacer declaraciones grandilocuentes condenando el matrimonio interracial.

Escribiendo para el Tribunal, el juez White centró su atención en *Pace v. Alabama*, que había confirmado una ley sobre cohabitación similar en 1883. Su dictamen consiguió invalidar a *Pace v. Alabama*, pero al precio de reescribir la historia de la ley de igual protección:

> [Estamos] tratando aquí con una clasificación basada en la raza de los participantes, que ha de ser considerada a la luz del hecho histórico según el cual el propósito central de la Decimocuarta Enmienda era eliminar la discriminación racial que emanaba de fuentes oficiales en los estados. Esta vigorosa política hace que las clasificaciones raciales sean «constitucionalmente sospechosas», *Bolling v. Sharpe*, pp. 497, 499, 347 U.S.; y que estén sometidas «al más rígido escrutinio», *Korematsu v. United States*, pp. 214, 216, 323 U.S.; y «en muchas circunstancias irrelevantes» respecto a cualquier propósito legislativo constitucionalmente aceptable. *Hirabayashi v. United States*, pp. 81, 100, 320 U.S. Es así, pues, que las clasificaciones raciales han sido consideradas no válidas en una variedad de contextos. Véase [entre otros casos] *Brown v. Board of Education*, 349 U.S., p. 294 (segregación en las escuelas públicas)[40].

White niega que *Brown v. Board of Education* tenga un lugar central en la historia moderna. Simplemente lo coloca en una lista de casos precedentes que invalidan las clasificaciones raciales «en una variedad de contextos». Mientras que a un caso paralelo a *Brown v. Board of Education*, *Bolling v. Sharpe*, se le da mayor trascendencia, *McLaughlin v. Florida* otorga un lugar preferente a las decisiones del Tribunal relativas al vergonzoso trato dispensado a los estadounidenses-japoneses durante la Segunda Guerra Mundial.

White halló inspiración en la insistencia de *Korematsu v. United States* de que las clasificaciones raciales debería desencadenar el «escrutinio más rígido», así como la advertencia de *Hirabayashi v. United States* de que «en la mayoría de circunstancias» dicho escrutinio revelaría que las categorías basadas en la raza son «irrelevantes para cualquier propósito legislativo

---

[39] *Ibid.* Los McLaughlin presentaron un recurso de apelación en virtud de la disposición 28 U.S.C. § 1257 (2), que requiere que el Tribunal acepte la jurisdicción y tome una decisión sobre los méritos. Pero también «rogaba que esta declaración fuese considerada como un mandato de *certiorari* si el Tribunal «consideraba la improcedencia de dicho recurso», Appellants' Juris. St., p. 1. Tal vez esto explique por qué el juez Douglas insta a sus colegas a que rechacen el caso por improcedente.

[40] *McLaughlin v. Florida*, pp. 191-192.

constitucionalmente aceptable». Estas valientes palabras fueron desmentidas por el comportamiento del Tribunal: *Korematsu* avaló la detención masiva de estadounidenses-japoneses durante la Segunda Guerra Mundial, y *Hirabayashi* respaldó su condena por violar un toque de queda militar racialmente orientado. Concediendo a estos casos un lugar central, *McLaughling* está poniendo de relieve la enorme brecha que puede separar a la ley registrada en los códigos legales de la aplicada en la vida real. No tiene nada de extraño que su dictamen no reconozca en absoluto las humillaciones sistemáticas impuestas a las parejas racialmente mixtas, que vivían bajo amenaza de ser procesadas penalmente. En vez de señalar su impacto estigmatizador en la mente y el corazón de los afectados, White considera inconstitucional la ley de Virginia solamente porque su categorización racial no pasa la prueba de *Korematsu-Hirabayashi*.

Quedaba en pie un obstáculo: White tenía que explicar por qué un Tribunal unánime se equivocaba por el hecho de llegar exactamente a la conclusión contraria en 1883, cuando *Pace v. Alabama* negó que una ley similar violase la cláusula de igual protección, dado que el «castigo para cada infractor, sea blanco o negro, es el mismo»[41]. *Brown v. Board of Education* se las vio con un problema parecido planteado en *Plessy v. Ferguson,* yendo más allá de la interpretación constitucional del siglo XIX para hacer frente a las realidades modernas del estigma social. Pero *McLaughlin v. Florida* toma un camino muy diferente. White basa su decisión en «el hecho histórico» de que el propósito central de la Decimocuarta Enmienda era «eliminar la discriminación racial que emanaba de fuentes oficiales en los estados»[42]. ¿Por qué, entonces, este «hecho histórico» pasó desapercibido a los nueve magistrados del Tribunal Supremo en 1883?

White no trata de contestar esta pregunta. No hay ningún intento de abordar la renuencia de la Primera Reconstrucción a extender la protección constitucional, más allá de los derechos «políticos» y «civiles», a esferas sociales como la del matrimonio. *McLaughlin v. Florida* representa la «historia del jurista» en el peor de los sentidos.

Resumiendo: White ofrece una versión caricaturesca de la Reconstrucción, junto con una serie de hechos jurídicos relevantes de los casos de detención de japoneses, como alternativa adecuada a la interpretación de *Brown v. Board of Education* en el mundo real del significado de la igual protección[43]. ¿Qué pensar de este notable rechazo de la jurisprudencia sociológica de la Segunda Reconstrucción?

---

[41] *Pace v. Alabama*, 106 U.S., 1883, pp. 583, 585.

[42] *McLaughlin v. Florida*, p. 192.

[43] Véase el capítulo 7 para una discusión más elaborada de la lógica en cinco pasos de *Brown v. Board of Education*.

Tales cuestiones provocan normalmente debates doctrinales abstractos entre críticos y defensores de la doctrina de la «clasificación sospechosa». Pero mi argumento es concreto, no abstracto, y subraya el apuro característico del Tribunal por el hecho de penetrar en una esfera que estaba en el núcleo mismo de la resistencia blanca a la revolución de los derechos civiles. En este momento, la oposición popular a los matrimonios mixtos se estaba suavizando, por lo menos por lo que respecta a su criminalización. Gallup informaba que el 72 por 100 de la población blanca sureña continuaban dando su apoyo a las sanciones estatales, pero que la población blanca del Norte había pasado a la oposición por un margen del 52 al 42 por 100. Había todavía una mayoría nacional del 48 al 46 por 100 a favor de estas leyes, incluso después de que se incluyera a los no blancos en la muestra[44]. Pero Gallup era un guía incierto respecto a cuestiones tan sensibles, y el Tribunal tenía muchas razones para andar con pies de plomo, especialmente dado que entonces estaba particularmente preocupado por la amenaza de la resistencia sureña a la *Civil Rights Act*. Teniendo en cuenta estas circunstancias resultaba prudente desarmar a los críticos redactando un dictamen que negase cualquier dependencia especial de dictámenes como el de *Brown v. Board of Education*, que estaban asociados al «activismo judicial»[45].

La adopción por parte de *McLaughlin v. Florida* del legalismo prudencial no tuvo nada de excepcional. Una semana después, *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States* adoptó un enfoque similar ante la recientemente promulgada *Civil Rights Act*. Si el Tribunal hubiese respaldado esta ley-hito a partir de la igual protección, su dictamen habría roto con las interpretaciones tradicionales que situaban a los derechos sociales fuera del alcance de la Decimocuarta Enmienda. (Recuérdese mi versión alternativa de los *Civil Rights Cases* de 1964)[46]. Pero una vez más, se apartaba de los principios de antihumillación proclamados por *Brown v. Board of Education*, y

[44] Gallup Poll, «Interracial Marriage (Mar. 10, 1965), Jan. 28-Feb. 2 1965» en *The Gallup Poll: Public Opinion,* 1935-1997, pp. 1928-1929 (CD-ROM). La encuesta se centraba exclusivamente en los matrimonios entre negros y blancos. Los sondeos del National Opinion Research Center (NORC) contenía hallazgos menos prometedores. Las encuestas a escala nacional realizadas por el NORC en 1963 y 1964 constataron que el 62 y el 60 por 100 de blancos estadounidenses, respectivamente, estaban de acuerdo con la prohibición de los matrimonios mixtos. Howard Schuman *et al.*, *Racial Attitudes in America: Trends and Interpretations*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1998, pp. 106-108, cuadro 3.1b (citando los sondeos del NORC). Aunque estos números disminuyeron a finales de la década de 1960, fue solo a comienzos de la siguiente, cuando Gallup empezó a informar de fuertes mayorías nacionales en contra de las leyes antimiscegenación, *ibid.*; véase también *Gallup Poll (AIPO)*, agosto de 1970. Consultado el 24 de marzo de 2013 en iPOLL Databank, Roper Center for Public Opinion Research, University of Connecticut, en http://bit.ly/2GV2ud4. Incluso entonces, una mayoría de blancos sureños seguía estando a favor de la prohibición de los matrimonios interraciales. Hazel Erskine, «The Polls: Interracial Socializing», *Public Opinion Quaterly*, vol. 37, 1973, pp. 283, 292 (citando la encuesta Gallup).
[45] R. Siegel, «Equality Talk», cit., pp. 1488-1490.
[46] Véase el capítulo 7.

reafirmados por Hubert Humphrey y otros muchos al aprobar la ley, para adoptar una motivación menos polémica heredada de la era de Roosevelt.

Esta vez, el Tribunal se basó en sus famosas decisiones de comienzos de la década de 1940 elaborando la visión del *New Deal* de la Cláusula del Comercio: *United States v. Darby* y *Wickard v. Filburn*. Analizados de una manera sustantiva estos casos anunciaban doctrinas muy diferentes de las representadas por *Hirabayashi v. United States* y *Korematsu v. United States*, pero analizados pragmáticamente funcionaban precisamente del mismo modo, enfriando el enconado debate sobre los derechos civiles mediante el recurso a fórmulas legalistas heredadas del Tribunal de Roosevelt.

Transcurrido más de medio siglo, es fácil perder de vista esta perspectiva prudencialista. La generación moderna trata los progresos igualitarios representados por la *Civil Rights Act* y *McLaughlin v. Florida* como evidentemente correctos y no necesitados de una legitimación del *New Deal*. Pero no era así como parecía en 1964. Situado en su contexto histórico, *McLaughlin*, como *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States*, parece un acto totalmente apropiado de habilidad judicial, que allana el camino de una amplia aceptación popular mediante la elaboración de dictámenes que en aquel momento parecían constitucionalmente no polémicos.

El problema surge solamente cuando los juristas modernos divorcian a *McLaughlin v. Florida* de su contexto histórico y ofrecen el esquema *Hirabayashi-Korematsu* como la clave para interpretar todo el legado civil. Esto es un error. *McLaughlin v. Florida* fue simplemente un ingenioso intento de legitimar la cautelosa penetración judicial en una esfera que no había sido tocada por la *Civil Rights Act*. No debería confundirse con los principios que animaban este gran avance legislativo. Aprobando esta ley-hito, el presidente y el Congreso no daban la espalda a la apelación de *Brown v. Board of Education* a abolir las formas de humillación institucionalizada presentes en la vida real. Al contrario, propulsaron el compromiso de *Brown v. Board of Education* a nuevas y vastas esferas de la vida social. Si dejamos que *McLaughlin v. Florida* desvíe nuestra atención de este gran logro, estamos traicionando a la Segunda Reconstrucción.

Esta, en cualquier caso, es la esencia de mi «tesis de la complementariedad».

Loving v. Virgina

He estado relacionando los casos más destacados de intimidad interracial con los patrones más generales de desarrollo constitucional. *Naim v. Naim* vino poco después de que *Brown v. Board of Education II* anunciase que la

abolición de la segregación escolar procedería con «la velocidad deliberada». Tanto *Naim v. Naim* como *Brown v. Board of Education II* reconocieron, de maneras diferentes, que el gran dictamen de Warren solo abría un gran debate constitucional acerca del significado moderno de la igualdad y que era imprudente seguir adelante a toda velocidad a menos que el pueblo estadounidense decidiese definirse de una manera decisiva.

McLaughlin v. Florida llegó en una fase diferente. La aprobación de la *Civil Rights Act* en julio de 1964, seguida por la victoria arrolladora de Lyndon B. Johnson en noviembre de ese mismo año, representó un hito a favor de *Brown v. Board of Education*, pero el cambio aún no era irreversible. Todavía frente a una férrea resistencia en el Sur, *McLaughlin v. Florida* tuvo la prudencia de proceder de forma legalista al penetrar en una nueva y muy cargada esfera que el Congreso y el presidente se habían negado a tocar.

La política constitucional se había acelerado aún más, cuando el Tribunal dio el siguiente paso en junio de 1967, momento en el que se debatió el caso *Loving v. Virginia*. En ese momento, la *Voting Rights Act* ya era una norma legal en vigor, que fortalecía el compromiso popular con una Segunda Reconstrucción. Estas leyes-hito estaban empezando a producir resultados reales: los negros sureños se estaban registrando masivamente para votar y el régimen de Jim Crow se estaba desmoronando visiblemente en los restaurantes, cines y hoteles de toda la región. Pero el impulso no era irreversible. La suerte de los intentos del Departamento de Sanidad, Educación y Bienestar de abolir la segregación en las escuelas sureñas la determinaría en última instancia el próximo presidente y George Wallace estaba en el umbral de su campaña presidencial.

Los intereses simbólicos implícitos en *Loving v. Virgina* seguían ocupando un lugar preponderante. Todo el mundo reconocía que la resistencia sureña a la abolición de la segregación era alimentada por la ansiedad que provocaba a los blancos el sexo entre personas blancas y negras. A la hora de revocar prohibiciones sobre el matrimonio interracial era prudente evitar relacionar demasiado estrechamente esta decisión con la enfática condena que hacía *Brown v. Board of Education* del sistema escolar dual.

Loving v. Virgina refleja estas complejas realidades. El juez Warren habló en nombre del Tribunal y lo hizo con más confianza de la que había hecho gala White[47]. Pero en un momento crítico se desvió bruscamente de la clara reafirmación que había hecho *Brown v. Board of Education* del principio de la antihumillación.

Loving v. Virgina venía de Virginia, en segunda instancia sobre la enfática declaración de su Tribunal Supremo de que se mantendría fiel a

[47] *Loving v. Virginia*, 388 U.S., 1967, p. 1.

«nuestra postura en el caso *Naim v. Naim*»[48]. Al defender la *Racial Integrity Act* de Virginia, el fiscal general del estado se basó en el énfasis que ponía *McLaughlin v. Florida* en «los hechos históricos» que definían el «propósito central» de la Decimocuarta Enmienda. Su informe hacía hincapié en los límites que los Republicanos de la Reconstrucción ponían en sus ambiciones transformadoras. Para recalcar este punto, el informe de Virginia citaba a unos destacados miembros del Trigesimonoveno Congreso, que aseguraban repetidamente a sus conciudadanos estadounidenses que las prohibiciones estatales sobre el matrimonio interracial permanecerían intactas[49].

Warren respondió abandonando la apelación de *McLaughlin v. Florida* a los «hechos históricos». Recordando a *Brown v. Board of Education* desde las sombras, citaba el rechazo del originalismo de *Brown v. Board of Education I*: «Aunque estas fuentes históricas "proyectan algo de luz" no son suficientes para resolver el problema; "en el mejor de los casos no son concluyentes"»[50]. Pero si el originalismo no era concluyente, ¿qué herramientas debía de utilizar Warren para resolver el problema?

La primera mitad del informe de *Loving v. Virgina* aborda esta cuestión directamente. Tras caracterizar la *Racial Integrity Act* de Virginia como un vestigio histórico de la esclavitud, explica con detalle su impacto contemporáneo, apoyándose en el trabajo de los psicólogos sociales y, especialmente, en el «tratado definitivo» de Gunnar Myrdal[51] para defender su caso:

> Esta historia de relaciones sexuales ilícitas condiciona, psicológica y sociológicamente, todo el patrón de las relaciones raciales estadounidenses. Tampoco puede exagerarse su importancia, puesto que «para el estadounidense blanco corriente la línea de casta entre blanco y negro *se basa en* y *es defendida por* la doctrina contraria a la amalgamación» [...], G. Myrdal, *An American Dilemma*, cit. p. 54 [...], cfr. *Brown v. Board of Education*[52]. (La cursiva es del original).

Sin embargo, Warren rechazó esta invitación para utilizar la concentración de *Brown v. Board of Education* en el mundo real como fundamento de su dictamen y, en cambio, sigue el ejemplo de White y retiene a *Hirabayashi* y a *Korematsu* como base de su análisis. ¿Por qué?

---

[48] *Loving v. Commonwealth*, 147 S.E. 2d 78, 82 (Va. 1966).

[49] Véase «Appellee's Brief», *Loving v. Virginia*, pp. 14-26 (Nº 395, octubre de 1966).

[50] *Loving v. Virginia*, p. 9.

[51] Esta sección del informe de los apelantes se titula «Las leyes antimiscegenación causan un daño social inconmensurable» y explica: «En esta sección utilizamos a menudo el tratado definitivo sobre el problema negro en Estados Unidos escrito por el eminente economista social [*sic*] Gunnar Myrdal». El informe también se basa especialmente en la obra más contemporánea de Thomas Pettigrew. Véase *Loving v. Virginia*, «Appellant's Brief», p. 26 (Nº 395, octubre de 1966).

[52] *Ibid.*, pp. 25-26.

Se lo pregunté a Benno Schmidt, el ayudante del juez Warren encargado del caso[53]. Su respuesta: Virginia presentó su propia versión del «Informe Brandeis» lleno de citas de la eugenesia racista en apoyo de su prohibición del matrimonio mixto. Estos estudios han sido rechazados desde hace tiempo por la comunidad científica[54]. Sin embargo, la invocación por parte del estado a la «ciencia» racista puso a Warren en la incómoda posición de hacer de árbitro en polémicas pseudocientíficas. En vez de postularse como una especie de supercientífico, optó por seguir al contrario por el camino legalista de White.

Tal vez Warren tenía razón de evitar una confrontación directa con la eugenesia racista, pero no fueron necesarios muchos cálculos estadísticos para demostrar el impacto estigmatizador de la ley. Warren podría haber apelado simplemente al sentido común de sus compatriotas estadounidenses, describiendo cómo la prohibición del matrimonio mixto había obligado a las parejas interraciales a presentar su relación a la comunidad como si fuese una relación enfermiza, vergonzosa, delictiva. Una discusión de sentido común de las innumerables humillaciones de la vida diaria podría haber producido una confirmación mucho más convincente de la preocupación de *Brown v. Board of Education* por el estigma del mundo real que el intento de refutar determinados descubrimientos seudocientíficos[55].

Pero Warren respondió a la parodia de Virginia de un «Informe Brandeis» de un modo diferente. En vez de reivindicar las duraderas intuiciones de *Brown v. Board of Education*, le dijo a su ayudante que preparase un dictamen que siguiese los pasos de *McLaughlin v. Florida*. El borrador resultante contenía una repetición casi al pie de la letra de las palabras de White subrayando la necesidad de imponer un «escrutinio rígido» a las clasificaciones raciales «sospechosas».

Pese a estas repeticiones verbales, las fórmulas de *McLaughlin v. Florida* tenían un estatus constitucional muy diferente situadas en el interior de la argumentación más general de White. Cuando Warren invocó por primera vez a *Hirabayashi v. United States* y a *Korematsu v. United States*, estos sirvieron simplemente como estaciones de paso en el camino hacia los «hechos

---

[53] Entrevista con Benno C. Schmidt Jr., 25 de abril de 2012. Schmidt ha revisado y dado su consentimiento al resumen de nuestra conversación presentado aquí.

[54] Véase «Appellee's Brief», *Loving v. Virginia*, pp. 41-50.Virginia también se basó en las citas de un libro más reciente de Albert Gordon titulado *Intermarriage–Interfaith, Interethnic, Interracial*, Boston, Beacon Press, 1964, *Loving v. Virginia*, «Appellant's Brief», pp. 51-52. Este libro surgió de la experiencia de prodigar consejo por su autor al hilo de sus tareas de rabino y utilizó datos sociológicos para respaldar un amplio ataque contra los matrimonios intergrupales, especialmente los matrimonios entre judíos y gentiles. La discusión de Gordon del matrimonio interracial es particularmente floja y consiste simplemente en unas cuantas entrevistas, *ibid.*, pp. 263-294.

[55] Para decirlo en los términos expresados en el capítulo 7, mi dictamen alternativo se habría detenido en el paso 4 de *Brown v. Board of Education*, sin avanzar hacia el paso 5.

históricos», que definen el «propósito central» de la Cláusula de Igual Protección. Pero en la primera fase de su argumento, Warren había despojado a *Hirabayashi* y a *Korematsu* de su pedigrí originalista. Al seguir utilizando estos casos como precedentes decisivos estaba haciendo algo muy diferente: tratar decisiones importantes del Tribunal de Roosevelt como fundamento para hacer avanzar al derecho constitucional en la siguiente generación.

Este fue un movimiento estándar en la jurisprudencia del Tribunal de Warren. Sin embargo, planteó un problema obvio en este caso particular: cuando *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States* hizo un llamamiento similar a las interpretaciones del *New Deal* de la Cláusula de Comercio, estaba invocando las decisiones del Tribunal de Roosevelt que culminaron una década de política constitucional exitosa. Pero basándose en *Hirabayashi v. United States* y en *Korematsu v. United States*, el presidente del Tribunal Supremo estaba buscando orientación en dictámenes surgidos en uno de los momentos más sombríos de nuestra historia judicial.

Warren fue el primero en darse cuenta de las paradojas de la situación. Como fiscal general de California durante la Segunda Guerra Mundial, había sido un firme y visible partidario de los internamientos de estadounidenses-japoneses. Al trabajar en *Loving v. Virgina* con su ayudante, era muy consciente del carácter polémico de esas decisiones tomadas en tiempos de guerra, pero siguió defendiéndolas sustantivamente[56]. El psicodrama de Warren se vio aún más complicado por otro factor: siguiendo adelante con *Hirabayashi v. United States* y en *Korematsu v. United States*, no solo estaba centrando su atención en un momento problemático de su propio pasado. También estaba desviando el camino de la ley alejándolo de *Brown v. Board of Education*, su mayor contribución a la tradición constitucional.

Este desconcertante giro se vuelve menos misterioso si vamos más allá del psicodrama para ver a Warren como un estadista judicial. Pese a sus complejidades personales, el Tribunal de Warren era mucho más sensible al peligro de

---

[56] Entrevista con Benno C. Schmidt Jr. Es posible que el punto de vista de Warren en los casos en tiempo de guerra evolucionase con el tiempo. En 1962 les dio un respaldo público poco entusiasta: «Hay todavía otra lección que aprender de casos como *Hirabayashi*. Allí donde las circunstancias son tales que el Tribunal tiene que aceptar acríticamente la descripción del gobierno de la magnitud de las necesidades militares, puede que deban permitirse acciones que limiten la libertad individual de manera grave», Earl Warren, «The Bill of Rights and the Military», *The New York University Law Review*, vol. 32, 1962, pp. 181, 193.

Pero en su autobiografía, publicada póstumamente, se muestra más crítico: «Desde entonces he lamentado profundamente la orden de desplazamiento y mi propio testimonio defendiéndola, porque no estaba en consonancia con nuestro concepto estadounidense de libertad y de los derechos de los ciudadanos», Earl Warren, *The Memoirs of Earl Warren*, Nueva York, Doubleday, 1977, pp. 148-149. Estas dos observaciones no son necesariamente discordantes. Es perfectamente coherente que el Warren actual condene su propia conducta como fiscal general al tiempo que cree que la decisión del Tribunal fue la más apropiada en aquellas graves circunstancias. Pero también es posible que Warren cambiase de opinión después de dejar el Tribunal en 1968.

relacionar demasiado estrechamente a *Loving v. Virgina* con *Brown v. Board of Education* y dar credibilidad a las acusaciones racistas de que su verdadero objetivo al integrar las escuelas era convertir en mestiza a la raza blanca. Con su apelación a *Hirabayashi v. United States* y a *Korematsu v. United States* estaba reformulando la cuestión en unos términos muy alejados de las luchas en curso sobre los derechos civiles, aludiendo a recuerdos de guerra que invitaban a los sureños a reconectar con los patriotas del resto del país. Desde este punto de vista, el alejamiento de *Brown v. Board of Education* del presidente del Tribunal, pese a lo orgulloso que se sintió de la decisión tomada, representa un intento digno de un estadista para hacer todo lo que estaba en su poder para desactivar la controversia de la abolición de la segregación.

Todo esto ha sido olvidado hoy. Ajenos a sus orígenes prudenciales, los jueces y juristas modernos han transformado el marco *Hirabayashi-Korematsu* en una estructura doctrinal muy compleja, que no cesa de debatir las clasificaciones particulares que deben ser tratadas como «sospechosas» y lo rigurosamente que deben ser examinadas. Tales indagaciones tienen su lugar, pero solo como parte de un examen más general de la poderosa capacidad que tiene la ley para estigmatizar a grupos vulnerables en la vida social.

Este punto fundamental ha sido fortalecido por una reciente decisión del Tribunal de Roberts relativa al matrimonio gay, el equivalente en el siglo XXI de la cuestión del matrimonio interracial. Revocando la *Defense of Marrige Act*, *United States v. Windsor* rechazó el marco *Hirabayashi-Korematsu* heredado de *Loving v. Virgina* y puso de relieve, en cambio, una versión del principio de la antihumillación heredado de *Brown v. Board of Education*[57].

Antes de reflexionar sobre esta notable transformación, vale la pena regresar a *Loving v. Virgina* una vez más. Seguiremos al presidente Warren en su revisión de los borradores del dictamen previos al texto final. Al tiempo que mantenía el énfasis puesto en *Hirabayashi v. United States* y en *Korematsu v. United States*, reconfiguraba su dictamen para invitar a futuros Tribunales a ir más allá y a resituar el principio de antihumillación de *Brown v. Board of Education* en un lugar central en la definición de la igualdad matrimonial. Medio siglo más tarde, Kennedy ha llevado al Tribunal de Roberts a transformar el gesto de Warren en una realidad constitucional.

Un gesto de cara al futuro

Cuando su ayudante le presentó un primer borrador para que lo revisase, Warren hizo dos observaciones importantes. Primero apuntó a la descripción que hacía el borrador del propósito de la ley. El dictamen propuesto aceptaba

[57] *United States v. Windsor*, 2013 U.S. Lexis 4921, 26 de junio de 2013.

la afirmación del estado según la cual se trataba de «una medida concebida exclusivamente para mantener la pureza racial» antes de condenar este objetivo por poco convincente. Warren sustituyó este énfasis seudocientífico en la eugenesia por una caracterización sociológica. Tal como aparece ahora en los *United States Reports*, el dictamen de Warren describe la ley como «concebida para mantener la supremacía blanca»[58]. Esta frase, actualmente famosa, apunta a las formas estigmatizadoras de la vida social que la prohibición del matrimonio trataba de hacer valer, aunque sigue hablando el lenguaje del propósito legislativo y no valora explícitamente el impacto de la ley en la vida diaria de las parejas interraciales.

La segunda intervención de Warren expresaba una insatisfacción similar[59]. Y esta vez añadía una nueva sección al dictamen a modo de conclusión:

> Estas leyes también privan a los Loving de libertad sin el debido proceso de ley en violación de la Cláusula del Proceso Debido de la Decimocuarta Enmienda. La libertad de casarse ha sido reconocida hace tiempo como uno de los derechos personales vitales de los hombres libres.
>
> [Es] fundamental para nuestra propia existencia y supervivencia. *Skinner v. Oklahoma* […]. Negar esta libertad fundamental aduciendo un fundamento tan insostenible como las clasificaciones raciales encarnadas en estas leyes, clasificaciones tan directamente subversivas del principio de igualdad presente en el corazón de la Decimocuarta Enmienda, es seguramente privar a todos los ciudadanos del estado de libertad sin el debido proceso legal. La Decimocuarta Enmienda requiere que la libertad de elección para casarse no se vea limitada por odiosas discriminaciones raciales. Bajo nuestra Constitución, la libertad de casarse o de no casarse con una persona de otra raza reside en el individuo y no puede ser violada por el Estado[60].

Cito las palabras de Warren a partir de los *United States Reports*, pero el texto tenía un aspecto diferente cuando hizo circular su borrador. En aquel momento, respaldaba su llamamiento a los valores familiares invocando un caso de la década de 1920, que revocaba la legislación estatal motivada por la xenofobia antialemana que recorrió el país durante la Primera Guerra Mundial. Hablando en nombre del Tribunal en *Meyer v. Nebraska*, el juez James McReynolds invalidó una prohibición sobre la enseñanza de lenguas extranjeras en escuelas privadas como una violación de la Cláusula del Proceso Debido.

---

[58] *Loving v. Virginia*, p. 11.

[59] No he sido capaz de localizar un solo borrador en los archivos de Warren que no contuviese una versión de estos párrafos finales. Baso este relato en mi entrevista con Benno Schmidt, cit.

[60] *Loving v. Virginia*, p. 12.

El borrador de Warren citaba a *Meyer v. Nebraska* como autoridad para el carácter fundamental del derecho «a casarse, fundar un hogar y criar a los hijos»[61]. Pero esta confianza en McReynolds era totalmente inaceptable para Hugo Black. Para este artífice del *New Deal*, McReynolds era un jurista paradigmático de los viejos tiempos, de cuando el viejo Tribunal Supremo se había opuesto injustamente a la Revolución del *New Deal*. Instó al presidente del Tribunal a basar su dictamen solamente en los análisis de la igual protección de *Loving v. Virgina* y a prescindir de su llamada a intensificar el proceso debido sustantivo[62].

Warren respondió de un modo pragmático. Pidió personalmente el apoyo de Black y obtuvo su aprobación una vez que hubo eliminado la opinión de McReynolds de la discusión[63]. Con el único sureño del Tribunal a bordo, el primer magistrado pudo anunciar *Loving v. Virgina* sin disensos que pudiesen provocar una reacción airada de muchos estadounidenses, que seguían teniendo un fuerte prejuicio contra el matriomonio interracial[64]. Los esfuerzos de Warren para construir una coalición, combinados con su alejamiento de *Brown v. Board of Education*, contribuyen a explicar la notable ausencia de fuertes protestas públicas por *Loving v. Virgina,* cuando se anunció la decisión en la primavera de 1967[65].

Sin embargo, la respuesta pragmática de Warren a Black apenas fue suficiente para contestar una cuestión fundamental: ¿tenía razón el viejo *New Dealer* al sospechar que Warren estaba resucitando la desacreditada doctrina de McReynolds?

Mi respuesta es «no». El proceso debido sustantivo desempeñó roles muy diferentes en la década de 1920 y en la de 1960. Para McReynolds

---

[61] *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S., 1923, pp. 390, 399-400.

[62] Carta de Black a Warren, 31 de mayo de 1967, Warren Papers, Box 620, Library of Congress. El juez White también escribió que «no había motivos para apelar a la cuestión del proceso debido». Carta de White a Warren, 31 de mayo de 1967. Warren Papers, *ibid*. Warren obtuvo el consentimiento de White a cambio de unos pocos cambios textuales. Subrayo el papel de Black porque, debido a que era el único miembro sureño del Tribunal, incluso un disenso parcial suyo habría obtenido una gran notoriedad.

[63] Entrevista con Benno C. Schmidt Jr., cit. Compárese el borrador del 25 de mayo con el del 5 de junio (eliminando la referencia a *Meyer v. Nebraska*). «Draft Opinions», Warren Papers, Box 620, Library of Congress. Warren cita a *Meyer v. Nebraska*, junto a *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S., 1942, p. 535, muy pronto en el dictamen, en apoyo de la inocua proposición de que la Decimocuarta Enmienda limita el poder de los estados para regular el matrimonio, *Loving v. Virginia*, p. 7.

[64] Potter Stewart metió baza con una opinión concurrente de un solo párrafo, uniéndose al Tribunal en un estrecho terreno que no resta valor a la declaración más general de Warren, *Loving v. Virginia*, p. 13.

[65] Aunque los tribunales federales intervinieron para vencer la resistencia de unos cuantos registradores sureños, *Loving v. Virginia* fue finalmente implementado sin incidentes serios. Más en general, el dictamen del Tribunal provocó «apenas un murmullo de objeción en el país», R. Kluger, *Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*, cit., p. 751.

sirvió de plataforma para elaborar el compromiso constitucional de la República Media con la propiedad y el contrato como vehículos preeminentes de la libertad individual. En *Meyer*, por ejemplo, McReynolds protegía solamente los derechos contractuales de los padres a enviar a sus hijos a escuelas privadas donde se enseñaba el alemán. No amplió más esta lógica para proteger el lugar de la lengua alemana en el curriculum de la escuela pública[66].

Black estaba en lo cierto al insistir en que la visión contractualista de McReynolds había sido totalmente rechazada por el pueblo estadounidense durante el *New Deal*, pero se equivocaba al creer que Warren pedía un retorno a la desacreditada era de *Lochner v. New York*. De hecho, estaba exhortando un proceso debido sustantivo como plataforma para el posterior desarrollo de uno de los grandes temas constitucionales de la Segunda Reconstrucción: su planteamiento esfera por esfera a la hora de realizar los valores constitucionales. Como hemos visto, *Brown v. Board of Education* rechazó la tricotomía civil/político/social heredada de la Primera Reconstrucción e inició el proceso de dividir lo social en esferas más diferenciadas. Las leyes-hito propulsaron aún más esta dinámica por esferas, marcando los establecimientos públicos, el empleo y la vivienda como objetos de preocupación especial. En ese contexto más amplio, los párrafos de clausura de Warren representan otro paso en la elaboración de un enfoque por esfera, derribando las barreras doctrinales que separan la igual protección del proceso debido y, por consiguiente, invitándonos a considerar la esfera característica del matrimonio tal como es vivida en el mundo real antes de elaborar respuestas doctrinales apropiadas. Desde este punto de vista no hay una ruptura clara entre el Warren de *Brown v. Board of Education* y el Warren de *Loving v. Virgina*: ambos expresan el planteamiento esfera por esfera a la vida social, que constituye uno de los principales legados de la Segunda Reconstrucción.

Me apresuro a añadir que este avance por esferas lo sugieren solo las líneas finales de Warren. Futuros tribunales serían libres de centrarse en la discusión más prolija de *Loving v. Virgina* sobre la igual protección, al tiempo que desecharían su apelación al proceso debido sustantivo como una mera ocurrencia de último momento. De modo parecido, la discusión sobre la igualdad de Warren estaba abierta a diferentes interpretaciones. Una interpretación estrecha pone de relieve las doctrinas primordiales de *Hirabayashi v. United States* y *Korematsu v. United States*, que desvían la atención constitucional desde la humillación de la vida real a los propósitos de los legisladores para elevar a rango de ley determinadas clasificaciones

[66] McReynolds recalcó que no estaba desafiando «el poder del Estado para prescribir un currículum a las instituciones a las que apoya. Estos asuntos no son propios de la presente controversia», *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S., 1923, pp. 390, 402.

sospechosas. Una interpretación más amplia utiliza la condena de Warren de leyes «concebidas para mantener la supremacía blanca» como trampolín para reavivar un planteamiento de la igual protección que ponga de relieve la dinámica de la estigmatización en el mundo real.

Así, pues, ¿cómo hemos de recordar *Loving v. Virgina* hoy? ¿Hemos de interpretarlo de un modo estrecho o de un modo amplio? Y si hemos de interpretarlo de un modo amplio, ¿con qué grado de amplitud?

De *Loving v. Virgina* a *United States v. Windsor*

El juez Kennedy recorrió mucho camino para contestar estas preguntas en su dictamen para el Tribunal en el que se revocaba la *Defense of Marriage Act*. *United States v. Windsor* afrontó la estricta definición de matrimonio que hace esta ley como una relación que involucra solamente a un hombre y a una mujer. A primera vista, el dictamen de Kennedy parece una medida intermedia: declarar inconstitucional la *Defense of Marriage Act*, pero negarse a ampliar su condena a las muchas leyes estatales que mantenían un punto de vista tradicional sobre el matrimonio. Sin embargo, cuando se considera desde una perspectiva histórica más profunda, su dictamen representa un punto de inflexión fundamental.

Según el parecer del juez Kennedy, el problema particular de la *Defense of Marriage Act* implicaba también el tratamiento que se da a las parejas del mismo sexo en los estados que ya han legalizado el matrimonio gay. La *Defense of Marriage Act* puso a estas parejas en una situación especial: estando legalmente casadas a tenor de la ley estatal, se enfrentaban a un gobierno federal que se negaba a reconocer su estatus marital. A declarar inconstitucional esta disyunción, Kennedy podría haber adaptado el marco *Hirabayashi-Korematsu* heredado de *Loving v. Virgina*. Desde ese enfoque, habría descubierto que la *Defense of Marriage Act* había creado una distinción sospechosa entre parejas homosexuales y heterosexuales, que requería un escrutinio más riguroso, y que los propósitos del Congreso al promulgar esta disposición no habían superado esta prueba.

Pero escribiendo en nombre de una estrecha mayoría de cinco magistrados, Kennedy abrió un camino muy diferente para llegar a su conclusión:

> Creando dos regímenes matrimoniales contradictorios en un mismo estado, la *Defense of Marriage Act* obliga a las parejas del mismo sexo a vivir como casados a efectos de la ley estatal, pero como no casados a efectos de la ley federal, reduciendo de este modo la estabilidad y la predecibilidad de las relaciones personales básicas que el Estado ha considerado adecuado reconocer y proteger. Con esta dinámica, la *Defense of*

> *Marriage Act* socava tanto la significación pública como la privada de los matrimonios del mismo sexo sancionados por el estado, porque dice a esas parejas, *y a todo el mundo*, que sus por otro lado válidos matrimonios son indignos del reconocimiento federal. Esto sitúa a las parejas del mismo sexo en la inestable posición de un matrimonio de segundo nivel. *La diferenciación degrada a la pareja*, cuyas opciones morales y sexuales protege la Constitución, véase *Lawrence v. Texas*, y cuya relación ha tratado de dignificar el Estado. *Y humilla a las decenas de miles de niños que están siendo actualmente educados por parejas del mismo sexo. La ley en cuestión dificulta aún más que estos niños entiendan la integridad y la proximidad de su propia familia y su concordancia con otras familias en su comunidad y en su vida diaria*[67] (las cursivas son mías).

«La diferenciación degrada a la pareja»: esta es una afirmación acerca del *significado social* de la acción del Congreso. El trato de segunda clase continuaría aunque, como sugieren los discrepantes, los legisladores tuviesen razones plausibles para insistir en un planteamiento federal uniforme respecto al matrimonio cuando las definiciones estatales difieren entre sí[68].

Si nos movemos, más allá del mundo de la ley, al mundo de la vida, el juez Kennedy trató su anterior decisión en *Lawrence v. Texas* como un precedente decisivo. En este caso, había llevado al Tribunal a revocar las leyes penales tradicionales contra la «sodomía», dado que su cumplimiento «degrada[ba]» a las parejas del mismo sexo[69]. Pero su dependencia de esta decisión relativamente reciente ignoraba las raíces más profundas de *United States v. Windsor*.

El dictamen del juez Kennedy era simplemente una reformulación del principio de antihumillación de *Brown v. Board of Education*. Los paralelismos se volvieron especialmente acusados cuando Kennedy puso de relieve las «humillaciones» que la *Defense of Marriage Act* imponía a «decenas de miles de niños que están siendo actualmente educados por parejas del mismo sexo [...] dificulta aún más que estos niños entiendan la integridad y la proximidad de su propia familia y su concordancia con otras familias en su comunidad y en su vida diaria». Esta es una paráfrasis virtual de la denuncia que hace Warren de la segregación escolar aduciendo que genera en los niños «un sentimiento de inferioridad respecto a su estatus en la comunidad, que puede afectar a su autoestima de una forma muy difícil de reparar»[70].

---

[67] *United States v. Windsor*, pp. 43-44.

[68] Para la defensa que hace el juez Scalia de la uniformidad federal, véase *ibid*., pp. 84-85.

[69] Véase *Lawrence v. Texas*, 539 U.S., 2003, pp. 558, 578.

[70] *Brown v. Board of Education*, 347 U.S., 1954, pp. 483, 494. *United States v. Windsor* no cita por su nombre el gran dictamen de Warren, probablemente por un motivo técnico: *Brown v. Board of Education* considera las violaciones estatales de la Decimocuarta Enmienda, mientras que *Windsor* evita este tema y solo trata la violación de la Quinta Enmienda por parte del gobierno

Kennedy no logra seguir a *Brown v. Board of Education* en un punto fundamental. Recuérdese que Warren trató de apuntalar sus declaraciones de sentido común acerca de la humillación con una llamada a la sociología[71]. Kennedy no hizo nada parecido; tal vez un turista de Marte podría necesitar un estudio sociológico para apreciar el impacto estigmatizador de la *Defense of Marriage Act*, pero Kennedy escribe como si su punto de vista fuese perfectamente obvio para cualquier estadounidense que viva a comienzos del siglo XXI.

El juez Scalia no se quedó nada convencido. Denunció el lenguaje de la antihumillación de Kennedy como una «jerigonza» sin sentido, además de peligrosa[72]. En opinión de Scalia, Kennedy estaba simplemente creando una especie de ariete retórico, que permitiría al Tribunal imponer el matrimonio gay por decreto en los cincuenta estados de la Unión[73].

La apasionada denuncia del juez Scalia no invita a una templada respuesta del lector. Pero una vez que dejamos la «jerigonza» a un lado, está claro que estaba destacando un punto analítico importante. Ahora que Kennedy había invocado el espíritu de *Brown v. Board of Education*, le sería difícil limitar el principio de la antihumillación a casos, como la *Defense of Marriage Act*, que solo implicasen al gobierno federal. Después de todo, el propio *Brown v. Board of Education* cometía el pecado original de Scalia: exigir a los estados, además de al gobierno federal, la eliminación de la humillación institucionalizada de sus sistemas escolares. Si *Brown v. Board of Education* tenía razón al imponer una prohibición de gran alcance contra la humillación en virtud de la raza, ¿por qué no iba a ser igualmente correcto revocar las leyes matrimoniales estatales que humillan sobre la base del sexo? Como mínimo, existe una pesada carga sobre el juez Kennedy, y sobre los tribunales inferiores obligados por *United States v. Windsor,* a proporcionar una respuesta de principio a esta cuestión fundamental.

* * * * *

A lo largo de este libro, he tratado de dejar al descubierto el legado constitucional que los estadounidenses han heredado de la era de los derechos civiles. Pero ya es hora de formular una pregunta diferente: transcurrido más de medio siglo, ¿en qué medida sigue siendo la Segunda Reconstrucción una fuerza vital en la Constitución viva?

---

federal. En un momento determinado el juez Kennedy cita *Bolling v. Sharpe*, el caso paralelo a *Brown v. Board of Education*, que revocó las escuelas segregadas en el distrito de Columbia bajo la Quinta Enmienda, pero tampoco en este caso consigue reflejar en su dictamen la profunda deuda que tiene con el Tribunal de Warren. *United States v. Windsor*, p. 40.

[71] Véase la discusión en el capítulo 7 de los cinco pasos en la argumentación característica de *Brown v. Board of Education*, especialmente la relación entre los pasos cuatro y cinco.

[72] *United State v. Windsor*, p. 89.

[73] *Ibid.*, p. 90.

Reservaré una respuesta seria para el próximo volumen, pero *United States v. Windsor* se merece definitivamente un lugar importante en este juicio más general. Como hemos visto, el dictamen del juez Warren en *Brown v. Board of Education* introdujo uno de los temas centrales de la Segunda Reconstrucción, que el presidente y el Congreso reafirmaron y extendieron a otras muchas esferas de la vida social. Pero en el caso del matrimonio interracial, el presidente Johnson y el Congreso frenaron en seco, absteniéndose de hacer un serio esfuerzo para prohibir las leyes estatales antimiscegenación. Cuando el Tribunal de Warren intervino cautelosamente para llenar este hueco, evitó la motivación de la antihumillación de *Brown v. Board of Education*. En cambio, el juez Kennedy ha llevado al Tribunal de Roberts por un camino que incluso el Tribunal de Warren se negó a transitar.

Este simple hecho es muy significativo. Al dictar sentencia en *United States v. Windsor*, el Tribunal presidido por Roberts no solo reafirmó el principio antihumillación, sino que fue mucho más allá de la zona de su aplicación original para abordar una importante polémica del siglo XXI en la que hay muchas cosas en juego. El éxito de Kennedy en la revitalización de la magistral idea de Warren da fe de la duradera importancia de este aspecto del legado de los derechos civiles.

Pero es un error basarse demasiado en una simple decisión de cinco votos frente a cuatro para hacer una valoración más amplia de la vitalidad actual del legado de los derechos civiles, especialmente cuando una mayoría diferente de cinco a cuatro impulsó la ley en una dirección muy diferente. Un día antes de anunciar *United States v. Windsor*, el Tribunal de Roberts dictó otra importante sentencia, que redefinía la relación del Tribunal con la Segunda Reconstrucción. *Shelby County v. Holder* lanzó un ataque sin precedentes a una disposición clave de la *Voting Rights Act*, afirmando que ya no podía servir como fundamentación legítima de la vida constitucional en el siglo XXI.

El capítulo 14 aborda esta notable decisión y la sitúa contra el fondo establecido por el argumento más general del libro.

XIV
¿TRAICIÓN?

Hubo unos gigantes en la tierra durante la Fundación y la Reconstrucción, unos hombres que hablaban en nombre del pueblo estadounidense de una manera perdurable. Pero el siglo XX fue una era de pigmeos políticos, que nunca obtuvieron una autoridad comparable; ninguna enmienda constitucional que definiese la naturaleza y los límites del gobierno nacional intervencionista; ninguna que codificase los logros centrales de la revolución de los derechos civiles. Nosotros, el Pueblo no ha tomado ninguna gran decisión durante casi un siglo.

O eso dicen los juristas.

Los estadounidenses se merecen algo mejor. Deberían de aprender cómo sus padres y sus abuelos contribuyeron en gran medida a la tradición de soberanía popular, creando los fundamentos en el siglo XX para la prosecución constitucional de la justicia económica y racial. Al ganar la autoridad para hablar en nombre del pueblo durante el *New Deal* y la revolución de los derechos civiles, los líderes políticos no utilizaron el sistema de enmienda constitucional de los Fundadores, pero había buenos motivos para su alejamiento de estos formalismos del siglo XVIII.

Cuando los Fundadores concibieron el Artículo Cinco, los estadounidenses entendían su Unión como una federación laxa de estados soberanos, en la que los Artículos de la Confederación requirían el consentimiento estatal unánime de cualquier enmienda formal. La Convención de Filadelfia rechazó este requisito explícito, afirmando que con las tres cuartas partes de los estados era suficiente, lo cual impulsó el sistema de revisión en la dirección de la Unión, si bien un mecanismo más centralizado hubiera sido inaceptable para la mayoría de ciudadanos de Virginia o Massachusetts[1]. Su visión de la federación centrada en los estados la hicieron añicos la Guerra Civil y la Reconstrucción, y la política se volvió cada vez más nacional durante el siglo XX. Aunque los estados seguían siendo importantes, su veto absoluto al cambio fundamental parecía cada vez más discordante con la identidad política estadounidense.

[1] Véase B. Ackerman, *We the People: Transformations*, vol. 2, cit., capítulos 2-3.

Como explicó Franklin D. Roosevelt durante la crisis de la renovación del Tribunal Supremo: «Trece estados que contienen solamente el 5 por 100 de la población votante pueden bloquear la ratificación, aunque los treinta y cinco estados que albergan el 95 por 100 de la misma estén a favor de ella». Roosevelt decía que la arrolladora victoria de los Demócratas en las elecciones nacionales de 1936 había dado al *New Deal* un «mandato del pueblo» para consolidar el Estado del bienestar intervencionista sobre los fundamentos constitucionales del país[2].

La verdadera cuestión era si, una vez liberadas del Artículo Cinco, las elites gobernantes podrían reivindicar «mandatos» para revisar la Constitución sin obtener el apoyo movilizado de los estadounidenses de a pie, o si nuestras instituciones podrían adaptarse a proporcionar a los ciudadanos las herramientas que necesitaban para intervenir decisivamente en la configuración del futuro constitucional de la nación.

Por esta razón el *New Deal* constituye un precedente central. Roosevelt y el Congreso liderado por el Partido Demócrata tuvieron que *ganarse* su mandato, primero manteniendo el apoyo popular al *New Deal* frente a la fulminante crítica del Tribunal Supremo y de la oposición republicana; después, consiguiendo una victoria electoral arrolladora en 1936; y finalmente, manteniendo el control sobre la presidencia y el Congreso el tiempo suficiente para crear un Tribunal Supremo del *New Deal*, que afianzó el nuevo acuerdo en la Constitución viva a comienzos de la década de 1940. Solamente a través de este prolongado proceso –en el que los tres poderes se enzarzaron en una década de debate constitucional movilizado, repitieron la decisión electoral y mantuvieron la reflexión judicial– la afirmación de Roosevelt respecto a un «mandato del pueblo» obtuvo una amplia credibilidad.

Los juristas estadounidenses cometen un grave error al trivializar este logro. Si bien no se ajustaba a las reglas federalistas del Artículo Cinco, sí consiguió adaptar la tradición de la separación de poderes para reivindicar la soberanía popular en un país que se había convertido en una nación. En un momento en el que las grandes democracias de Europa se estaban tambaleando bajo la Gran Depresión, los estadounidenses respondían mediante la adaptación de sus instituciones para hacer realidad su fe en un gobierno «del Pueblo, por el Pueblo y para el Pueblo». Lo que no era poca cosa.

No tiene nada de sorprendente que los hombres y las mujeres de la generación de los derechos civiles utilizasen repetidamente los precedentes

---

[2] Véase Samuel Rosenman (ed.), *Public Papers and Addresses of Franklin Delano Roosevelt*, Nueva York, The Macmillan Company, 1937, p. 132. Para un desarrollo mayor del tema, véase B. Ackerman, *We the People*: *Transformations*, vol. 2, cit., pp. 326-327.

del *New Deal* para orientar sus propias luchas respecto a la reforma constitucional. Habían vivido el drama del *New Deal* siendo jóvenes. No necesitaban recurrir a los libros de historia para apreciar por qué Lyndon B. Johnson utilizó la victoria arrolladora de Roosevelt-Landon para medir su propio mandato en 1964, o por qué el Tribunal de Warren estaba ansioso por evitar otro desastroso «cambio a tiempo».

Pero la historia nunca se repite y el camino de los derechos civiles hacia la soberanía popular difería del camino del *New Deal* en ciertos aspectos clave. El más importante de ellos tenía que ver con el Tribunal Supremo. Desde los días de Jefferson a los de Roosevelt, el presidente y el Congreso habían desempeñado un papel central a la hora de introducir nuevos temas en la agenda constitucional, mientras el Tribunal Supremo hacía todo lo que estaba en su poder para resistir todos y cada uno de los movimientos a favor de un cambio fundamental.

Pero esta vez no fue así. De haber sido por ellos, el presidente Eisenhower y el Congreso habrían permitido que la cuestión racial quedase en la sombra. Solamente *Brown v. Board of Education* les obligó a tomarse el asunto en serio. Teniendo en cuenta el acto decisivo de liderazgo constitucional de los jueces, es perfectamente adecuado que los juristas empiecen su estudio de la Segunda Reconstrucción por los dictámenes del Tribunal presidido por Warren de la década de 1950.

Es, sin embargo, un error seguir haciéndolo cuando reflexionamos sobre la segunda década de *Brown v. Board of Education*. Con el ascenso de Lyndon B. Johnson a la presidencia, la era de los compromisos en el Congreso y de las tibias medidas presidenciales llegó a su fin. En lo sucesivo, los jueces compartirían el liderazgo con los poderes políticos, a menudo situándose en un segundo plano mientras el presidente y el Congreso reivindicaban un mandato del pueblo para implementar un cambio fundamental. La aprobación de la *Civil Rights Act* de 1964 y la victoria arrolladora de Johnson sobre Goldwater pusieron en juego una variante del modelo de soberanía popular del *New Deal*. Una vez más, un presidente reclamaba el mandato del pueblo; una vez más, el Congreso fortalecía su actuación con unas leyes-hito; una vez más, la presidencia, el Congreso y los Tribunales continuaron consolidando y refinando los avances precedentes después de las siguientes elecciones presidenciales, con Richard Nixon y el Tribunal presidido por Burger haciendo hincapié en el carácter bipartidista de sus logros centrales.

La Segunda Reconstrucción demostró ser más duradera que su predecesora del siglo XIX. Cincuenta años después de las Enmiendas de la Reconstrucción, los negros tenían prohibida la entrada en los centros electorales de todo el Sur y el Tribunal Supremo había reinterpretado estos

textos constitucionales para hacer hincapié en la protección de los derechos de propiedad, no en los derechos de las minorías. Cincuenta años después de la Segunda Reconstrucción, los negros siguen siendo una fuerza política importante y sus victorias en el campo de los derechos civiles operan como los grandes precedentes invocados por otros grupos oprimidos en sus propias luchas por la protección igual.

Sin embargo, juristas y jueces continúan considerando la Primera Reconstrucción como la última palabra del pueblo estadounidense sobre igualdad constitucional y tratando a las leyes-hito y a los superprecedentes judiciales de la Segunda Reconstrucción como un revoltijo de aditamentos a la gran obra de los antiguos legisladores. Al banalizar la revolución de los derechos civiles, la comunidad legal está traicionando el experimento estadounidense en torno a la soberanía popular. Deberíamos dejar de venerar los santuarios del siglo XIX y hacernos una pregunta diferente: ¿en qué difieren los principios de la Segunda Reconstrucción de los de la Primera?

Este libro proporciona solo un esbozo de respuesta. De manera obvia, se centra sobre todo en la lucha por la igualdad negra. No hago seguramente justicia a otros movimientos en pro de la justicia social para otras minorías, para las mujeres y para los pobres. También es un libro centrado en Washington, que no integra en la historia a los movimientos activistas, líderes políticos locales y estadounidenses ordinarios. Mi excusa última es esta: «Solo tengo una vida que ofrecer a mi país». Así que me he concentrado en las cosas que sé hacer mejor y en el punto principal: que una coalición política bipartidista consiguió efectivamente aprovechar la energía del movimiento de los derechos civiles para construir unos nuevos fundamentos para las relaciones raciales en nombre del pueblo estadounidense. Dado que esta simple afirmación requiere un cambio enorme en la discusión jurídica, merecía el esfuerzo de un libro.

Si mi tesis básica consigue avanzar, provocará naturalmente intentos más amplios de ir más allá de las limitaciones más obvias del libro. Si la profesión amplía su canon constitucional para incluir muchos nuevos materiales de los poderes legislativo y ejecutivo, diferentes juristas, jueces y estudiosos empezarán a interpretarlos de maneras diferentes. ¿Quién sabe cuáles de mis interpretaciones particulares superarán la prueba del tiempo?

La dinámica del debate también redefinirá los términos del diálogo interdisciplinar. En la medida en que los juristas cuentan una historia centrada en los tribunales, se aíslan de muchas corrientes destacadas de la historia y la ciencia política. Pero una vez que sitúan el proceso legislativo de carácter superior en el centro de su proyecto, invitan a una gama más amplia de contribuciones interdisciplinarias. Politólogos de todas las tendencias entrarán en el debate de la importancia constitucional de las elecciones desencadenantes

y ratificadoras. Los historiadores sociales explorarán las formas complejas en que sus análisis del movimiento de los derechos civiles explican como este estructuró y reestructuró los términos de la historia centrada en Washington que se presenta aquí. Y así sucesivamente[3].

La mejor forma de contribuir a estos debates es proporcionar una declaración sintética del legado de los derechos civiles que emerge de mi exploración inicial.

Desentrañar la paradoja del *New Deal*

El Tribunal de Warren dejó pasar una gran oportunidad de elaborar el significado de la Segunda Reconstrucción cuando respondió a casos que cuestionaban la *Civil Rights Act*. Era diciembre de 1964; los casos eran *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States* y *Katzenbach* v. *McClung*; el tema era la constitucionalidad de la prohibición federal sobre la discriminación en los establecimientos públicos. Dando este paso, el presidente y el Congreso habían ido ya más allá que el Tribunal de Warren, que se había negado, en *Bell v. Maryland*, a revocar una jurisprudencia que garantizaba a los propietarios de unapropiedad privada el derecho a discriminar a los negros y a otras minorías.

Esta interpretación restrictiva de la Cláusula de Igual Protección estaba firmemente arraigada en los *Civil Rights Cases* de 1883. También había servido como punto de referencia para la oposición de Barry Goldwater a la *Civil Rights Act*, tanto en el hemiciclo del Senado como en la subsiguiente campaña electoral. Pero la crítica constitucional de Goldwater fue aplastada por su contundente derrota en noviembre de 1964, la cual preparó el terreno a Johnson y al Congreso para reivindicar un mandato del pueblo para lograr nuevos avances en los derechos civiles. Dado que el Tribunal decidía *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States* un mes después de la derrota de Goldwater, la decisión representaba una gran oportunidad: ¿acatarían los jueces el mandato popular decisivo de Johnson haciendo de *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States* el *Brown v. Board of Education* de la década de 1960 y modificando así profundamente el significado de la igual protección para las generaciones venideras?

La respuesta fue «no». Pese al intervencionismo que se le atribuía, el Tribunal de Warren se negó a intentarlo. (Recuérdese mi apunte de una

[3] Sobre el uso sorprendente –para mí, al menos– que se hace de las técnicas estadísticas para poner a prueba afirmaciones clave hechas en volúmenes anteriores, véase Daniel Ho y Kevin Quinn, «Did a Switch in Time Save Nine?», *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, 2010, p. 69; Daniel Young, «How Do You Measure a Constitutional Moment?», *Yale Law Journal*, vol. 122, 2013, p. 1990.

versión alternativa de *Heart of Atlanta Inc. v. United States* en el capítulo 7). Ni siquiera trató la *Civil Rights Act* como una *ley de derechos civiles*. En vez de ello, consideró su gran avance igualitario como si fuese una simple variante de una regulación del comercio interestatal del *New Deal*, estimando su significado moral casi como un estorbo.

Este brusco giro doctrinal fue un tributo al poder legitimador de los precedentes de la década de 1930 para la generación de los derechos civiles. Del mismo modo que el modelo del *New Deal* de liderazgo presidencial fue el punto de referencia central para Lyndon B. Johnson, la expansión en el *New Deal* de la Cláusula de Comercio se había convertido en un fundamento incuestionable para el Tribunal Supremo, y sirvió como punto de encuentro común para que el conservador juez Harlan y el progresista juez Douglas tuviesen una base legítima para respaldar la ley.

El consenso del *New Deal* permitió al Tribunal hablar con una sola voz fundamentando la *Civil Rights Act* sobre la base de la Cláusula de Comercio. Si la mayoría progresista hubiese seguido adelante con un dictamen innovador sobre la igual protección, Harlan (y tal vez otros jueces del Tribunal Superior) habrían discrepado, permitiendo a los intransigentes sureños utilizar su dictamen separado para apoyar la defensa a ultranza del régimen de Jim Crow. Teniendo en cuenta la tirantez del contexto político, la mayoría del Tribunal de Warren eligió sensatamente presentar un frente unido, incluso al precio de privar a la posteridad de una declaración elocuente de la visión expansiva del significado de la igual protección que tenía la Segunda Reconstrucción.

Esta decisión táctica genera una «paradoja del *New Deal*» para las generaciones posteriores. Por un lado, la decisión unánime del Tribunal dio a Johnson y al Congreso un máximo de credibilidad para reivindicar un mandato del pueblo similar al de Roosevelt para proceder a nuevos avances en las relaciones raciales. Por otro, la búsqueda de unanimidad hizo imposible que el Tribunal elaborase la transformación decisiva por parte de la *Civil Rights Act* del significado de la igual protección. Si las generaciones futuras han de llenar este vacío, tendrán que levantar los ojos de los *United States Reports* para escuchar a portavoces del pueblo como Lyndon B. Johnson y Martin Luther King Jr., Hubert Humphrey y Everett Dirksen explicando el significado constitucional de su logro decisivo.

Si confiamos mantener la tradición de la soberanía popular en el nuevo siglo, no podemos permitirnos presentar a estos líderes como epígonos cansados que viven de la herencia constitucional dejada por los gigantes de un pasado cada vez más lejano. Hemos de reflexionar sobre sus logros, tanto para adaptar los modelos del *New Deal* para hablar en nombre del

Pueblo, como para ir más allá de la Primera Reconstrucción a fin de establecer nuevos principios igualitarios para la era moderna.

La paradoja de *Brown v. Board of Education*

Cuando apelo a la profesión para integrar a los tribunales en una historia más amplia de la soberanía popular, no pretendo apartar a los jueces del primer plano. Al contrario: en determinados aspectos, una redefinición del canon constitucional sirve para poner de relieve el carácter crucial de la contribución judicial.

Y lo más importante, la impronta de *Brown v. Board of Education* en «la autoestima de la gente» proporcionó un marco constitucional para la justificación pública de las leyes-hito. Cuando King, Johnson y otros líderes ponían constantemente de relieve los males de la humillación sistemática al hacer campaña en pro de sus innovaciones legales, estaban continuando un debate constitucional que *Brown* había situado ya en el primer plano de la escena política. Cuando estas luchas culminaron en la aprobación de una legislación decisiva, estas leyes fueron correctamente interpretadas como una vindicación pública del acto de liderazgo protagonizado por Warren en *Brown*.

El actual canon centrado en los tribunales ignora este punto crucial. No utiliza el dictamen de Warren como clave para desvelar el carácter distintivo de los compromisos solemnes refrendados por el pueblo estadounidense en las leyes-hito. Simplemente considera a *Brown v. Board of Education* como el inicio de un largo debate entre jueces, y solo entre jueces, sobre el significado de la igualdad. El relato que produce se parece a una historia estándar del desarrollo del derecho común; según este punto de vista, era perfectamente aceptable que los jueces de la época separasen la posición de *Brown v. Board of Education* de los dictámenes de Warren, desplazando gradualmente su énfasis sobre la humillación a otras doctrinas que consideraban más convincentes. Sin embargo, cincuenta años después esta tradición creada por los jueces ha puesto a la comunidad legal en una situación paradójica: se nos ha enseñado a reverenciar a *Brown v. Board of Education* como un momento decisivo, pero ya no nos tomamos en serio el dictamen de Warren.

Una vez que redefinimos el canon para incluir las leyes-hito, una negligencia benévola parece insostenible. *Nosotros, los jueces no tiene la autoridad constitucional para borrar el juicio considerado de Nosotros, el Pueblo*. Comenzando con la *Civil Rights Act* de 1964, los estadounidenses empezaron a cerrar la década de debate provocada por *Brown v. Board of*

Education dando su apoyo sostenido a una legislación decisiva que reafirmaba repetidamente los principios de Warren. En este caso clave, el intento de redefinir el canon constitucional para incluir las leyes-hito tiene la consecuencia paradójica de exigir a los juristas que se tomen el Tribunal Supremo *más* en serio y que traten a *Brown* como lo que es: el más importante dictamen judicial del siglo XX.

¿Intervencionismo judicial o fortalecimiento de las leyes-hito?

Más en general, el nuevo canon nos permite ir más allá del manido debate sobre el «intervencionismo judicial» de los Tribunales presididos por Warren y Burger. En vez de preguntar si unas decisiones determinadas fueron «intervencionistas» o «comedidas», hemos de situarlas en el contexto que nos proporciona la actividad legislativa de carácter superior del presidente, del Congreso y del pueblo estadounidense. Esto nos lleva a hacernos unas preguntas muy diferentes: ¿estaba el Tribunal Supremo operando en una esfera en la que las leyes-hito habían cambiado radicalmente la doctrina igualitaria? ¿O le permitieron los poderes políticos retener el liderazgo constitucional durante la segunda década de *Brown v. Board of Education*?

La Segunda Parte trata de aquellas esferas en las que los poderes políticos asumieron el liderazgo constitucional: el empleo, la vivienda, los establecimientos públicos y el voto. La Tercera Parte trata de aquellas en las que el Tribunal retuvo el control: las escuelas públicas y el matrimonio interracial. En el primer ámbito, mostramos que el Tribunal Supremo trató de fortalecer la legitimidad constitucional de las iniciativas legales de los poderes políticos. Pero el Tribunal actuó de un modo muy diferente en el segundo ámbito. En vez de dedicarse a fortalecer las leyes-hito respondió con una cautela legalista ampliando los principios igualitarios a un terreno problemático.

Este contraste entre *fortalecimiento de las leyes-hito* y *legitimación legalista* genera una comprensión más profunda de los dictámenes del Tribunal Supremo. Si el lector ha quedado convencido, hemos llegado a una segunda conclusión aparentemente paradójica: si introducimos las leyes-hito en el canon conseguimos una comprensión más penetrante de los dictámenes judiciales a los que el canon tradicional prodiga su atención.

Para desarrollar este punto, consideremos una vez más el caso *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States*. ¿Fue activista o comedido el Tribunal al hacer su giro brusco sobre la Cláusula de Comercio?

La respuesta correcta es ni una ni otra. Lo que intentó el Tribunal con ese gesto característico del *New Deal* fue fortalecer la *Civil Rights Act.* La experiencia vivida por los jueces en la década de 1930 les llevó a considerar

la Cláusula de Comercio expansiva como un rasgo indiscutible de la moderna Constitución. Invocándola, dejaban claro a los estadounidenses que no había absolutamente ningún peligro de que se repitiese el escenario de confrontación entre el viejo Tribunal Supremo y el *New Deal*, que hubiera socavado gravemente la credibilidad del mandato de Lyndon B. Johnson respecto a los derechos civiles.

Una vez resuelto este tema fundamental, el Tribunal de Warren fortaleció iniciativas legales posteriores con dictámenes que abordaban sus ambiciones igualitarias de un modo más explícito. *Jones v. Alfred H. Mayer Co.* proporciona un ejemplo revelador. Cuando el caso llegó al tribunal en 1968, el Congreso estaba debatiendo la última gran ley-hito del periodo, la *Fair Housing Act*. En esta fase, las leyes-hito anteriores ya estaban cambiando la realidad sobre el terreno: no solo los negros estaban votando masivamente, sino que cada vez más podían entrar en los restaurantes y ser atendidos sin sufrir humillaciones. Con una aceptación pública cada vez mayor de estas iniciativas innovadoras, la unanimidad judicial dejó de ser tan imperativa, con lo que una fuerte mayoría refrendó un dictamen del juez Stewart, que cambió radicalmente la interpretación tradicional que hacía el Tribunal de la Decimotercera Enmienda. Rechazando la lectura restrictiva refrendada por los *Civil Rights Cases* de 1883, Stewart profundizó el compromiso de la Segunda Reconstrucción con la erradicación en el mundo real de los «símbolos e incidentes» de la esclavitud, que seguían estando presentes en el siglo XX, lo cual extendía el principio de la antihumillación de *Brown v. Board of Education* a un nuevo terreno constitucional.

Esta espectacular expansión doctrinal es a veces condenada como un intento intervencionista de rechazar la interpretación original de la Decimotercera Enmienda. Pero el dictamen de Stewart se entiende mejor como una variante sobre el tema del fortalecimiento decisivo de *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States*. Mientras que este último caso viró hacia el comercio para fortalecer la *Civil Rights Act*, *Jones v. Alfred H. Mayer Co.* viró hacia la Decimotercera Enmienda para fortalecer la condena radical por parte de la *Fair Housing Act* de la discriminación racial tanto en la vivienda privada como pública.

La elaboración igualitaria también estaba a la vista en el tratamiento del Tribunal de la *Voting Rights Act*. Votar es un acto de ciudadanía, no un acto de comercio, incluso en el sentido más expansivo del *New Deal*. Así, cuando esta ley-hito erradicó los dictámenes restrictivos del Tribunal Supremo que limitaban la protección constitucional del derecho al voto, los jueces no pudieron evitar de forma creíble el asalto frontal del Congreso a su autoridad doctrinal permitiéndose un giro brusco en la Cláusula de Comercio. En consecuencia, el juez Brenan llevó al Tribunal a confrontar directamente la afirmación por parte del Congreso del liderazgo

constitucional en *Katzenbach v. Morgan*. Una vez más, el marco tradicional tiene dificultades evaluando el dictamen canónico de Brennan de 1966: ¿era *Katzenbach v. Morgan* intervencionista o comedido?

Si me viese obligado a elegir, diría que era comedido. Al fin y al cabo, la esencia del comedimiento es la deferencia judicial con los poderes políticos. Y la mayoría de Brennan fue *extraordinariamente* deferente al autorizar al presidente y al Congreso para que ignorasen las decisiones restrictivas del Tribunal Supremo cuando ambos las consideraron como escollos inaceptables para el apropiado cumplimiento de la Cláusula de Igual Protección.

Pero, ¿por qué llamar a esto «comedimiento»? La importancia real de *Katzenbach v. Morgan,* está en su nueva motivación para robustecer la legitimidad de la *Voting Rights Act*. El Tribunal Supremo fortalece normalmente las leyes confirmándolas por sus méritos constitucionales, revocando sus decisiones previas cuando es pertinente. Pero esta vez el Tribunal se negó a invalidar su inconsecuente jurisprudencia y, sin embargo, confirmó la ley, reconociendo que los poderes políticos pueden, en ciertas ocasiones, asumir *apropiadamente* el liderazgo constitucional.

Sin embargo, *Katzenbach v. Morgan* no fue hasta el final. Apoyó explícitamente el liderazgo del Congreso cuando se trataba del cumplimiento de la Cláusula de Igual Protección. Pero la *Voting Rights Act* iba realmente más allá de esto, porque también diseñaba una nueva forma de colaboración con el Tribunal en un intento de los poderes políticos de crear nuevos derechos sustantivos, concretamente el derecho a votar sin tener que pagar ningún tipo de impuesto de capitación. ¿Cuándo debían colaborar los jueces con los poderes políticos, si es que tenían que hacerlo, al emprender este proyecto más ambicioso de redefinición de derechos fundamentales sustantivos en nombre de Nosotros, el Pueblo?

Esta cuestión más amplia estuvo ante el Tribunal en otro caso canónico de 1966: *Harper v. Board of Elections*. Cincuenta años después, el dictamen del juez Douglas en *Harper* es visto como un ejemplo paradigmático de intervencionismo desenfrenado, pues declara orgullosamente que el Tribunal puede revocar sus decisiones anteriores siempre que decida que son inconsistentes con el espíritu constitucional de los tiempos presentes. Pero fue un mero accidente lo que impidió a Arthur Goldberg llevar al Tribunal en una dirección muy diferente en pro de un reconocimiento explícito de que las leyes-hito podían sustituir legítimamente a las enmiendas constitucionales formales para redefinir derechos constitucionales fundamentales. Si Goldberg hubiese permanecido en el Tribunal, *Harper* habría ido más allá de *Katzenbach v. Morgan* reconociendo que el Congreso y el presidente podían de

manera apropiada cuestionar precedentes judiciales existentes en materias sustantivas, no solamente accesorias. Pero, por desgracia, Goldberg eligió sacrificar su carrera judicial para trabajar por una solución pacífica a la Guerra del Vietnam en las Naciones Unidas, dejando a sus espaldas su borrador de dictamen.

La sustitución a última hora de Goldberg por Douglas no debía, sin embargo, ocultar el notable intento de los poderes políticos de diseñar un método para redefinir los derechos constitucionales al margen del Artículo Cinco. Como hemos visto, el diseño de este nuevo modelo fue absolutamente central para la aprobación de la *Voting Rights Act*. Aunque el dictamen intervencionista de Douglas borra todo indicio de este hecho, el nuevo modelo de «constitucionalismo coordinado» se despliega plenamente una vez que apartamos los ojos de los *United States Reports* y los fijamos en el *Congressional Record* y en los periódicos de la época. Aquellas fuentes revelan que Lyndon B. Johnson, Martin Luther King Jr., Everett Dirksen y Emmanuel Celler negociaron disposiciones jurídicas especiales para dejar claro al Tribunal que Nosotros, el Pueblo no se conformaría con nada menos que la destrucción de todas las restricciones importantes, económicas y raciales, al derecho al voto. Si bien estas disposiciones, codificadas en la Sección 10 de la *Voting Rights Act*, se han perdido de vista, merecen ocupar un lugar central en el canon constitucional, que sirve como precedente decisivo para futuros actos de constitucionalismo cooperativo.

Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States, Jones v. Alfred H. Mayer Co., *Katzenbach v. Morgan* y *Harper v. Board of Elections:* estos casos representan intentos cada vez más complejos de fortalecer las leyes-hito. El reto es utilizarlos como fuente para una reflexión en profundidad sobre el complejo proceso mediante el cual el Tribunal Supremo, el Congreso y la presidencia trabajaron codo con codo para expresar el compromiso de los estadounidenses ordinarios para llevar la Segunda Reconstrucción mucho más allá de los principios constitucionales del siglo XIX.

¿Circunspección judicial o legitimación legalista?

Cuando escribo estas palabras, la profesión legal no está particularmente interesada en efectuar un esfuerzo sostenido de reafirmación de los fundamentos populares de la Segunda Reconstrucción. Tribunales y comentaristas están especialmente interesados en un aspecto diferente del legado igualitario del Tribunal presidido por Warren. En *Loving v. Virginia*, el Tribunal proclamó célebremente que la clasificación legal basada en criterios raciales era inherentemente sospechosa y requería una justificación

convincente si tenía que sobrevivir a un escrutinio estricto. Cincuenta años después, *Loving v. Virgnia* se ha convertido en el fundamento de un debate cada vez más complejo, cuyos protagonistas discuten una y otra vez si todas las clasificaciones sospechosas lo son en igual grado. Por ejemplo, ¿son las leyes que singularizan a las mujeres tan perniciosas como las que se centran en los negros? Y si no lo son, ¿cómo deberían definir los tribunales el nivel de escrutinio intermedio apropiado en cada caso?

Preguntas como estas tienen su génesis en *Loving v. Virginia*. Aunque son importantes, es un error situarlas en el centro de la discusión doctrinal. Una fijación colectiva en su resolución parece equivocada una vez que reconocemos que la Segunda Reconstrucción fue en gran parte una creación de Nosotros, el Pueblo y no de Nosotros, los Jueces. En el nuevo canon, *Loving v. Virginia* entra en la historia solamente como una operación de limpieza judicial, no como la gran recapitulación del legado del Tribunal de Warren. No podemos dejar que las legitimaciones legalistas de *Loving v. Virginia* borren los grandes principios que motivan las leyes-hito.

Ni siquiera en el momento culminante de la revolución de los derechos civiles, ningún líder político serio propuso una legislación decisiva, que atacase prohibiciones estatales generales sobre el matrimonio interracial. Solamente cuando el Congreso empezó a aprobar leyes-hito en otras esferas, el Tribunal abordó cautelosamente la intimidad sexual en *McLaughlin v. Florida*, preparando el trabajo preliminar para su asalto final tres años más tarde en *Loving v. Virgina*. Teniendo en cuenta esta cautela, no tiene nada de extraño que *McLaughlin v. Florida* y *Loving v. Virginia* se negasen a poner de relieve *Brown v. Board of Education*, pese a que las humillaciones en el mundo real de las parejas interraciales eran obvias. Si el Tribunal que falló *Loving v. Virgina* hubiese creado una conexión tan explícita, habría reforzado los temores sureños de que el objetivo final del Tribunal de Warren en *Brown* era la «hibridación de la raza» y habría provocado una mayor resistencia a la abolición de la segregación escolar.

En ese contexto, los cautelosos legalismos del Tribunal eran perfectamente comprensibles, si no exactamente admirables, dado que requerían que Warren diese a los tristemente célebres casos de detención de japoneses durante la Segunda Guerra Mundial una nueva prominencia en la moderna normativa de la igual protección. Sean cuales fueran los méritos a corto plazo de la estrategia de Warren, mi preocupación es la interpretación a largo plazo: ¿qué papel deberían jugar *McLaughlin v. Florida* y *Loving v. Virgina* en la valoración que haga el siglo XXI del legado de los derechos civiles?

Todo depende de la definición que hagamos del canon. Dentro del marco establecido centrado en los tribunales, estos casos no pueden sino

parecer críticamente importantes. Al fin y al cabo se debatieron en el momento triunfante del Tribunal de Warren, cuando su gran intento de liderazgo constitucional en *Brown v. Board of Education* obtuvo finalmente el apoyo amplio de la opinión pública. En la medida en que los *United States Reports* sirvan como el lugar preeminente para recordar la Segunda Reconstrucción, el dictamen de Warren en *Loving v. Virginia* podría muy bien sustituir a su dictamen previo en *Brown v. Board of Education* como clave de la moderna normativa de la igual protección.

Pero si la Segunda Reconstrucción fue preeminentemente obra de Nosotros, el Pueblo y no de Nosotros, los Jueces, *Loving v. Virginia* solo puede tener un lugar secundario en el canon constitucional. Cuando analizamos el trabajo del Tribunal de Warren tardío, casos como *Heart of Atlanta Motel Inc. v. United States*, *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, *Katzenbach v. Morgan* y *Harper v. Board of Elections* son mucho más importantes. Estos casos representan un intento judicial cada vez más sofisticado de legitimar la pretensión por parte de los poderes políticos de hablar en nombre de Nosotros, el Pueblo. Si pretendemos entenderlos adecuadamente, hemos de mirar más allá de los *United States Reports* e interpretar los intentos doctrinales de los jueces como parte de un patrón más general de cooperación entre los poderes del Estado para la construcción de unos fundamentos constitucionales sólidos para la Segunda Reconstrucción.

Este intento debería ser nuestra principal preocupación y no girar una y otra vez en torno al legado doctrinal de *Loving v. Virgina*. La reciente decisión del Tribunal en *United States v. Windsor* proporciona una magnífica oportunidad para esta revaluación general. Al revocar la *Defense of Marriage Act*, *United States v. Windsor* fue decididamente más allá del marco de *Loving v. Virgina* para reafirmar la centralidad del principio antihumillación contenido en *Brown v. Board of Education*, invitando a la profesión a implicarse en una nueva evaluación de su herencia constitucional.

Los dos cánones también divergen en la valoración de *Brown v. Board of Education* en su esfera particular: la educación pública. También aquí, el presidente y el Congreso respetan el liderazgo judicial, pero por razones muy diferentes. En *Loving v. Virgina*, el Tribunal Supremo retuvo su centralidad por defecto; los políticos no tenían interés alguno en cuestionar los tabúes sexuales. Pero en la educación pública, el continuo liderazgo de los jueces se basaba en el consentimiento explícito del pueblo estadounidense y de sus representantes en Washington, lo cual generaba dilemas muy diferentes.

La *Civil Rights Act* fue una afirmación categórica de *Brown v. Board of Education*, que proporcionó a los tribunales las herramientas de cumplimiento decisivas que finalmente vencieron la resistencia sureña durante

los mandatos de Johnson y Nixon. Pero estas leyes-hito no fueron más allá para cambiar radicalmente la doctrina sustantiva, como sí lo hicieron en las esferas del empleo, la vivienda, los establecimientos públicos y el voto. Teniendo en cuenta el éxito del Tribunal a la hora de inspirar al país para hacer frente al régimen de Jim Crow en la educación pública, los poderes políticos continuaron respetando a los jueces respecto a la definición del camino a seguir.

Una vez más, el Tribunal respondió con una fuerte dosis de legalismo. Cuando los jueces se enfrentaron al Sur en 1968 y 1969, se negaron a participar en un gran debate jurisprudencial acerca del significado de la igual protección. Aunque sus dictámenes de nueve contra cero en *Green v. County Education Board of New Kent County* y *Alexander v. Holmes County Board of Education* eludían el problema, sus demandas legalistas de una radical abolición de la segregación pusieron la máxima presión sobre la Administración de Nixon, que respaldó a regañadientes los requerimientos del «imperio de la ley».

Al final del primer mandato de Nixon, los actos de liderazgo legalista de los jueces habían sido finalmente confirmados por los hechos sobre el terreno: las escuelas sureñas se estaban convirtiendo rápidamente en las más integradas del país. Solo entonces abordó el Tribunal el significado duradero de *Brown v. Board of Education*. En su momento triunfal, el Tribunal de Burger alcanzó un consenso de principio que había escapado a su predecesor, el Tribunal de Warren. En su decisión de junio de 1972 sobre *Wright v. Council of City of Emporia*, los cuatro magistrados nombrados por Nixon se unieron a los cinco que quedaban de los viejos tiempos en una categórica reafirmación del principio de la antihumillación de *Brown v. Board of Education*.

Pero cuestiones temporales conspiraron para impedir que los litigantes de los derechos civiles aprovechasen al máximo *Emporia* cuando abordaron el problema de la segregación del Norte en *Keyes v. School District, Nº 1, Denver*. Aunque *Keyes* se decidió solamente un año más tarde, apenas menciona *Emporia*. El juez Brennan llevó, en cambio, al Tribunal a adoptar un bruscogiro legalista, que le alejó de *Brown v. Board of Education* al tratar la segregación en las escuelas de Denver. Aunque Brennan improvisó una mayoría para una amplia orden de *busing* que tenía como objetivo la integración a escala de toda la ciudad, sus hábiles legalismos no desviaron al Congreso y al presidente de un asalto en toda regla a la independencia judicial del Tribunal. Esta amenaza llevó a los jueces a una retirada caótica al año siguiente en *Milliken v. Bradley.*

El cambio a tiempo de *Milliken* consiguió desactivar el intenso ataque político, pero impidió que el Tribunal dispusiese del tiempo necesario

para reconsiderar una cuestión clave: ¿tenía que basar su repliegue en el principio de antihumillación de *Brown v. Board of Education*, o tenía que justificar su cambio manipulando el mismo marco legalista que había utilizado *Keyes* para lanzar la campaña de *busing* en el Norte un año antes?

La mayoría de *Milliken v. Bradley* optó por el segundo camino. Medio siglo después la profesión debería reconsiderar aquella fatídica decisión. Deberíamos salir de los escombros jurisprudenciales de la fallida empresa judicial del *busing* en el Norte y regresar a la reflexión de *Wright v. Council of City of Emporia* al final de la exitosa campaña de los jueces en el Sur. Dieciocho años después de *Brown v. Board of Education*, el Tribunal Supremo había conseguido finalmente el apoyo político necesario para destruir el régimen de Jim Crow en las escuelas sureñas, y coronaba su victoria con la reafirmación en *Emporia* de las intuiciones originales de *Brown*. En esta cuestión crucial, el Tribunal de Burger estaba de acuerdo con el Tribunal de Warren. Todos los jueces se unieron para atribuir el mismo significado constitucional a su mayor éxito en la historia del liderazgo judicial.

No deberíamos permitirnos olvidar este momento. Recordemos *Wright v. Council of City of Emporia*. Recordemos *Brown v. Board of Education*. Recordemos el principio de la antihumillación.

Principios decisivos

Las leyes-hito fueron más allá de *Brown v. Board of Education* en cuatro aspectos fundamentales. Fueron más allá de las esferas de implicación directa del Estado para imponer obligaciones igualitarias a los propietarios privados. Fueron más allá de una prohibición de la humillación para imponer unos requisitos más estrictos de trato igual. Fueron más allá del lenguaje legal tradicional para respaldar formas tecnocráticas de gobierno por los números. Y adaptaron formas de administración pública del *New Deal* de una manera que cambió radicalmente las nociones tradicionales de los derechos de los estados.

Empecemos con la ampliación política de la lógica por esferas de *Brown v. Board of Education* a los actores no estatales. Mientras el presidente y el Congreso se esforzaban por llegar a un acuerdo sobre la *Civil Rights Act* de 1964, el Tribunal estaba reconsiderando su tradicional doctrina de la acción estatal en *Bell v. Maryland*. Cuando el juez Clark redactó un dictamen mayoritario socavando efectivamente las restricciones a la acción del Estado heredadas de los *Civil Rights Cases* de 1883, el juez Brennan se lo pensó mejor. Le preocupaba que una decisión en *Bell v. Maryland* que exigía a los restaurantes que abriesen sus puertas sabotease la campaña en pro de una acción decisiva en el Capitolio: ¿por qué aprobar las normas sobre

el uso de establecimientos públicos de la *Civil Rights Act*, preguntaban los observadores no comprometidos en el Congreso, cuando el Tribunal ya había hecho el trabajo por ellos? Tras mucho tira y afloja de última hora, Brennan convenció a sus colegas para sustituir la declaración innovadora de Clark por un dictamen que eludía las cuestiones clave.

La estrategia de Brennan se vio recompensada por la decisión del Congreso de seguir adelante con las contundentes obligaciones igualitarias impuestas sobre los proveedores privados de servicios públicos, así como sobre el empleo y (en 1968) la vivienda. La preocupación de *Brown v. Board of Education* por la cuestión del estigma desempeñó un papel prominente en el debate constitucional: la humillación no era menos humillante ni menos pública cuando implicaba el rechazo institucionalizado de las personas de color en la barra de un bar o en el lugar de trabajo privados. Este punto fue recalcado varias veces, en respuesta a la crítica ultraliberal esgrimida por Barry Goldwater en 1964 y al ataque populista lanzado por George Wallace en 1968, por una amplia coalición bipartidista de la que formaban parte Humphrey, Dirksen, Johnson y Richard Nixon, y que apoyaba la apelación de King a la dignidad humana.

Las leyes-hito y su codificación posterior durante los años de Nixon expresan este consenso constitucional movilizado en nombre de Nosotros, el Pueblo. Y, sin embargo, los juristas actuales tratan las doctrinas de la acción del Estado de los *Civil Rights Cases* de 1883 como si no hubiesen sido tocadas por la Segunda Reconstrucción. Y esto es un error.

Las leyes-hito también fueron más allá de *Brown v. Board of Education* para abrazar objetivos igualitarios más ambiciosos. La humillación implica un insulto aquí y ahora, un desafío frontal a la competencia básica de la persona insultada como actor social. Pero es perfectamente posible que los patronos y los trabajadores traten a sus colegas negros con respeto en las relaciones cotidianas y que, sin embargo, les nieguen la igualdad de oportunidades a la hora de promocionarlos a una posición mejor, por ejemplo, utilizando estereotipos raciales inconscientes al evaluar sus méritos. De modo parecido, los funcionarios electorales podrían permitir a los negros votar en las mismas condiciones que los blancos, pero minimizando su efectividad política manipulando los distritos electorales.

Las leyes-hito atacaron estos abusos, insistiendo en la igualdad de oportunidades medida en términos realistas. En el ámbito del empleo, esto significaba utilizar técnicas tecnocráticas para evaluar la imparcialidad de los procedimientos de contratación y promoción; en el ámbito político, significaba valorar el impacto de los cambios en las normas electorales sobre el poder político de los negros como bloque de votantes. Teniendo en cuenta que esferas diferentes tienen problemas reguladores diferentes, las leyes-hito

desplegaron una forma característicamente pragmática de constitucionalismo, desplegando diferentes principios operativos pensados para alcanzar el mismo objetivo: la igualdad de oportunidades *genuina* en cada esfera.

«En cada esfera»: la condición es significativa. Las normas legales no tenían en cuenta el impacto acumulativo de las desigualdades en esferas diferentes. Un trabajador al que se le había negado la oportunidad igual de recibir una buena educación no podía esperar que el patrono que le contrataba le garantizase una ventaja compensatoria en una decisión sobre promoción, o que un restaurante privado le compensase haciéndole un descuento en la factura, o que un propietario le vendiese una casa más barata. Solo podía insistir en ser tratado igual que otros con la misma riqueza o habilidades. Pero había una excepción importante: en 1969, el Tribunal Supremo sostuvo que los estados no podían imponer pruebas de alfabetización a los votantes, teniendo en cuenta las diferencias en educación, que habían sido sistemáticamente impuestas a los ciudadanos negros. Pero en otras áreas la ley se negaba a reconocer la existencia de impactos entre las distintas esferas de la vida social.

Esto significaba que los negros pobres se beneficiaban menos que sus equivalentes de clase media de las leyes-hito; cuando entraban en cada una de las esferas como adultos, no podían disfrutar de la misma educación, dinero o respetabilidad que estos últimos. Mientras que los negros pobres se quedaban rezagados, el marco por esferas facilitaba que otros grupos consiguiesen una protección mejor. Por ejemplo, si una mujer de clase alta era humillada al ser sexualmente acosada en el lugar de trabajo, esto bastaba para invocar las garantías del Título VII. No necesitaba demostrar que también sufría desventajas sistemáticas en otras esferas de la vida y, mucho menos, que fuesen comparables a las impuestas a los negros en el Sur de Jim Crow.

No estoy minimizando los avances respecto a la dignidad que representaron las leyes-hito para todos los grupos estigmatizados, pobres y ricos por igual. Pero pronto volveremos al problema más general planteado por la distribución en términos de clase de estos beneficios.

* * * * *

Hemos estado tratando dos movimientos normativos más allá de *Brown v. Board of Education*, uno que ampliaba la esfera de la preocupación constitucional al mercado privado, y otro que iba más allá de la prohibición de la humillación institucionalizada para garantizar a los negros y a otros grupos protegidos la igualdad de oportunidades en cada una de las esferas de la vida social en el mundo real.

Estos ambiciosos objetivos llevaron al presidente y al Congreso a refrendar una revolución constitucional en la estructura de gobierno.

Para salvar la distancia existente entre la ley y la vida, las leyes desplegaron las crecientes capacidades tecnocráticas del Estado administrativo moderno para hacer progresos decisivos, sobre todo en las esferas de la educación, el empleo y el voto.

La transformación tuvo lugar a dos niveles. Los regímenes legales definieron de manera cada vez más clara las obligaciones sustantivas en términos cuantitativos, desplazando los estándares cualitativos característicos de la tradición legal estadounidense. Aunque la regulación económica del *New Deal* ya había puesto de relieve los indicadores numéricos, la extensión del gobierno por los números a los derechos civiles es uno de los sellos distintivos de la Segunda Reconstrucción.

El abrazo de la tecnocracia propulsó a primer plano a una nueva generación de agencias administrativas. Las directrices numéricas anunciadas por la Equal Employment Opportunity Commission y la Oficina de Educación del Department of Health, Education and Welfare desempeñaron un papel crucial en las esferas del empleo y la educación pública. Estas agencias diferían de manera significativa de sus prototipos del *New Deal*. El National Labor Relations Board y la Securities and Exchange Commission dispusieron de un poder regulador integral, mientras los tribunales ejercían un poder relativamente limitado de revisión judicial. Este modelo tenía su lógica en una era en la que el viejo Tribunal Supremo había sido el principal obstáculo al gobierno intervencionista. Dado que los tribunales eran hostiles, el *New Deal* trató de reducir su poder efectivo de subvertir sus objetivos reguladores. Por el contrario, el Tribunal de Warren estuvo más dispuesto a ayudar, de modo que las leyes sobre los derechos civiles mantuvieron una relación más colaborativa entre burócratas y jueces, mientras las agencias especializadas se basaban en los tribunales para elaborar los principios de las leyes-hito a partir de sus presentaciones tecnocráticas.

Las relaciones federal-estatales también experimentaron una transformación. El *New Deal* utilizó zanahorias, no palos, para atraer a los estados hacia formas de «federalismo cooperativo», que los subordinaban efectivamente a la supervisión federal. Era muy difícil que los políticos estatales rechazasen las directrices administrativas, cuando los electores estaban pidiendo a gritos sumas enormes de dinero federal.

El poder de la zanahoria federal se puso de manifiesto en la lucha por la integración escolar en el Sur. Solo cuando el Department of Health, Education and Welfare amenazó con retirar fondos, la mayoría de juntas escolares empezaron a tomarse en serio la abolición de la segregación. Pero la ofensiva para obtener beneficios en el mundo real propulsó a las leyes-hito a ir más allá de los paradigmas del *New Deal*. De manera notable, la *Voting Rights Act* utilizó palos federales, no zanahorias, para

acabar con la discriminación contra los votantes negros. De acuerdo con las leyes de 1965 y 1970, los estados y las localidades con antecedentes registrados de comportamientos racistas no podían cambiar sus normas electorales sin el previo consentimiento del Departamento de Justicia o de los tribunales federales.

Esta potente combinación de poder administrativo y judicial preventivo representó la mayor transformación de las relaciones federal-estatales desde la ocupación militar del Sur durante la Primera Reconstrucción. Pero la disrupción del siglo XIX fue solo temporal, mientras que la transformación del siglo XX contempló la subordinación en curso de los estados a la supervisión federal, incluso en asuntos electorales, que estaban en el centro mismo de las nociones tradicionales de «soberanía» estatal.

* * * * *

Los actores privados, no solo las autoridades estatales, deben reconocer los derechos constitucionales; estos derechos incluyen la igualdad de oportunidades, así como el tratamiento respetuoso en cada una de las esferas de preocupación constitucional. El gobierno federal insistirá en la materialización de estos derechos en el mundo real mediante los esfuerzos colaborativos de tribunales y agencias especializadas, incluso al precio de cambiar radicalmente las nociones tradicionales de los «derechos de los estados». Estas cuatro transformaciones suponen una expansión enorme de la autoridad nacional constitucional sobre las empresas privadas y los estados, así como una enorme expansión en la protección efectiva de los derechos en el mundo real de la población negra y de otros grupos protegidos.

La cuestión es si la comunidad legal preservará estos logros en el siglo XXI. Esto no es en absoluto una certeza. El destino de la Primera Reconstrucción es como un cuento con moraleja. En cincuenta años la Decimoquinta Enmienda se había convertido en letra muerta; la Decimocuarta, en un fuero para las grandes empresas; la Decimotercera, en una pálida sombra de ella misma. Los Republicanos de la Reconstrucción habían canonizado estos avances igualitarios mediante enmiendas introducidas a tenor del Artículo Cinco, pero esto apenas fue suficiente para impedir que la profesión legal traicionase estos compromisos, permitiendo que se desvanecieran de la memoria colectiva. ¿Acaso a la Segunda Reconstrucción le espera una suerte parecida?

Variedades del borrado

La amenaza es muy real. El tipo de textualismo defendido por los jueces Antonin Scalia y Clarence Thomas insiste en que es únicamente la primera Reconstrucción la que realmente cuenta en la interpretación constitucional. No importa que *Brown v. Board of Education* niegue explícitamente que sus principios constitucionales hundan sus raíces en la interpretación original de la Decimocuarta Enmienda; no importa que el movimiento de los derechos civiles, trabajando con una amplia coalición bipartidista, forjarse unas leyes-hito que iban más allá de *Brown v. Board of Education*; no importa que estos principios primordiales fuesen repetidamente afirmados por Richard Nixon y, también, por Lyndon B. Johnson, contando con el apoyo amplio y reflexivo del pueblo estadounidense. De acuerdo con estos juristas, deberíamos ignorar los grandes logros constitucionales del siglo XX, porque no se adecúan a las reglas establecidas por el Artículo Cinco de la Constitución.

Hay una amarga paradoja en ello. Los formalismos del Artículo Cinco no salvaron los avances igualitarios de la Primera Reconstrucción de la obliteración en el corto espacio de medio siglo. Los líderes de la Segunda Reconstrucción pisaban terreno firme cuando se negaron a cometer el mismo error de basarse en el mismo artículo para propulsar sus logros, obtenidos con mucho esfuerzo, hacia el futuro. Teniendo en cuenta el gran éxito del *New Deal* al desplegar el modelo de la separación de poderes para afianzar sus principios constitucionales, era solo una cuestión de sentido común para los líderes del movimiento de los derechos civiles adaptar este modelo en nombre de la Segunda Reconstrucción. Y, sin embargo, medio siglo más tarde, Scalia y Thomas insisten en que estos actos de soberanía popular del siglo XX pueden ser tranquilamente ignorados, dado que sus líderes no supieron enmendar la Constitución apropiadamente durante la revolución de los derechos civiles, aunque los formalismos del Artículo Cinco hubieran fallado la primera vez estrepitosamente, y aunque Martin Luther King Jr. y un liderazgo político bipartidista hubieran diseñado reflexivamente métodos alternativos de revisión constitucional.

Adoptando esta posición, Scalia y Thomas se autocalifican de «originalistas», pero se equivocan al hacerlo. Yo soy el originalista, no ellos: este libro se ha dedicado a la *interpretación original de Nosotros, el Pueblo en uno de los grandes momentos constitucionales de la historia estadounidense.*

Nuestro desacuerdo está en otra parte. Scalia y Thomas suponen que el Artículo Cinco proporciona el único modo por el que Nosotros, el Pueblo puede hablar, y yo rechazo este hiperformalismo por estar históricamente

injustificado. Como muestran los dos volúmenes anteriores, su interpretación exclusivista del Artículo Cinco no puede resistir un contraste con los hechos que rodean la Fundación o la Reconstrucción. En ambas ocasiones, los líderes de Estados Unidos se ganaron la autoridad para revisar las formas de la legislación de carácter superior con las que expresar nuevos compromisos constitucionales en nombre del Pueblo. Estos tempranos ejercicios de soberanía popular proporcionan precedentes de adaptación constitucional que los estadounidenses del siglo XX desarrollaron aún más hablando en nombre del pueblo durante el *New Deal* y la Segunda Reconstrucción[4]. Al ignorar esta rica tradición histórica, estos hiperformalistas traicionan la idea misma de gobierno por el Pueblo que afirman defender.

Un originalismo mendaz constituye el ariete judicial más notorio para obliterar los logros del siglo XX. El reciente dictamen del juez Roberts en *Shelby County v. Holder* representa una forma más insidiosa de borrado, una forma por la que este libro se siente fundamentalmente preocupado[5]. Escribiendo para un tribunal muy dividido, revocó una disposición clave de la *Voting Rights Act*, basando esta decisión en un principio derivado de antiguos dictámenes judiciales, sin siquiera darse cuenta de que el pueblo estadounidense, tanto durante la Primera como durante la Segunda Reconstrucción, rechazó conscientemente la aplicación del principio reivindicado por Roberts al derecho al voto. Basándose en Nosotros, los Jueces en vez de en Nosotros, el Pueblo para invalidar un importante logro de la revolución de los derechos civiles, Roberts demostró que el uso de un canon estrechamente centrado en los tribunales puede destruir nuestro legado constitucional.

Shelby County v. Holder afrontó la decisión de la *Voting Rights Act* de señalar principalmente a los estados y localidades sureños para proceder al examen federal preventivo de los cambios que hiciesen en sus sistemas electorales. Roberts insistió correctamente en que este paso transformaba las nociones convencionales de federalismo al exigir a los estados que «pidiesen permiso al Gobierno Federal para aprobar leyes que, de otro modo, tendrían derecho a promulgar y ejecutar por su cuenta»[6].

Pero, ¿viola la Constitución esta ruptura con el pasado?

El presidente del Tribunal Supremo Roberts reconocía que *South Carolina v. Katzenbach* confirmó la medida en 1966 y que los Tribunales posteriores aprobaron extensiones subsiguientes de la *Voting Rights Act*. Sin embargo, contemplaba la disposición a la que se dirige la ley (Sección 4) con mucho recelo. En vez de concederle la deferencia que se otorga

---

[4] Véase especialmente B. Ackerman, *We the People*: *Transformations*, vol. 2, cit., caps. 8-12.
[5] *Shelby County v. Holder*, 133 S. Ct. 2612, 25 de junio de 2013.
[6] *Ibid*., p. 2616.

normalmente a las leyes, insistió en que «un principio fundamental de soberanía *igual* entre estados» requiere someterla al escrutinio y que la disposición no pasaba la prueba[7]. Pero, ¿cuál es el fundamento constitucional del principio afirmado por Roberts?

El presidente del Tribunal Supremo no lo fundamentaba en el texto de la Fundación o en las interpretaciones originales, y ello por buenos motivos, porque los Fundadores se negaron a tratar a todos los estados igualmente en su campaña a favor de una nueva Constitución[8]. Roberts se basaba exclusivamente en un puñado de dictámenes del Tribunal Supremo e incluso aquí sus argumentos eran notablemente débiles. Pero dejo mi crítica de este análisis legal del caso para una nota a pie de página y me centro en un asunto más fundamental[9]. Basándose exclusivamente en unos

---

[7] *Ibid.*, p. 2618 (cursivas en el original; se han omitido las comillas internas de la cita).

[8] Véase B. Ackerman, *We the People: Transformations*, vol. 2, cit., cap. 2, especialmente el trato que dan los Fundadores a Rhode Island durante la propuesta y la ratificación de la Constitución.

[9] *Shelby County v. Holder*, p. 2622. El presidente del Tribunal, Roberts, expresó por vez primera las dudas constitucionales del Tribunal respecto a la *Voting Rights Act* en *Northwest Austin Municipality Utility District No. 1 v. Holder*, 557 U.S., 2009, p. 193, y se basó en su dictamen previo para respaldar el principio de «soberanía estatal igual» de Shelby. Pero el análisis del caso en *Northwest Austin* consistía en poco más que unas cuantas citas breves de unos pocos casos.

Una discusión más completa pone de manifiesto la debilidad del análisis del caso que hace Roberts. Empecemos por la decisión más reciente que cita el primer magistrado: *United States v. Louisiana*, 363 U.S., 1960, pp. 1, 16. El Tribunal no aceptó este caso debido a su importancia jurisprudencial, sino debido a que estaba constitucionalmente obligado a aceptar la jurisdicción original sobre un pleito entre cinco estados sureños y el gobierno federal respecto a los recursos submarinos. Al decidir el caso, el juez Harlan hizo una referencia de pasada a la soberanía igual, pero en última instancia *confirmó* la afirmación del gobierno federal contra cuatro de los estados implicados, al tiempo que garantizaba un desagravio limitado a Texas. Su lenguaje de «soberanía igual» remite a unos hechos dotados de relevancia jurídica (*dicta*), aunque Roberts lo invocó para justificar un resultado opuesto al alcanzado por Harlan. Mientras *Louisiana* reivindicaba los poderes del gobierno federal frente a los estados, *Shelby County v. Holder* los citaba para proteger a estos de aquel.

Roberts también citaba el dictamen de Pollard en *Lessee v. Hagan*, 3 How. 212, 1845, otro caso sobre derechos del agua. Este decisión prebélica es incluso menos relevante para la disputa sobre el derecho al voto en la moderna Constitución, ya que, como sostengo en el texto, la Sección 2 de la Decimocuarta Enmienda revolucionó de una manera fundamental el derecho constitucional sobre esta materia.

La apelación del presidente del Tribunal Supremo a *Texas v. White*, 74 U.S., 1869, p. 700, no es menos sorprendente. El caso tenía que ver con una decisión de la Asamblea legislativa confederada de Texas de vender unos bonos que le había proporcionado el gobierno federal antes de la Guerra Civil. Escribiendo en nombre del Tribunal, el juez Chase dijo que la asamblea legislativa rebelde carecía del poder para efectuar dicha venta, declarando que los bonos eran ahora propiedad del nuevo gobierno de Texas que el Congreso había reorganizado bajo las leyes de la Reconstrucción, las cuales, como es bien conocido, infringían completamente el principio «de soberanía estatal igual». Para un relato completo, véase B. Ackerman, *We the People: Transformations*, vol. 2, cit., pp. 191-246. Leída en su contexto histórico, la invocación de Chase de «una Unión indestructible, formada por estados indestructibles» es justo lo contrario de un principio de «soberanía igual». La opinión es una pequeña parte de un proceso más general mediante el cual el tratamiento *desigual* de los estados fue legitimado por el Pueblo estadounidense. Véase también Akhil Amar, «The Lawfulness of Section 5 – and Thus of Section 5», *Harvard Law Review Forum*, 13 de febrero de 2013, en http://bit.ly/2FGxga1.

cuantos dictámenes judiciales, Roberts no tenía en cuenta el hecho de que Nosotros, el Pueblo ha rechazado repetidamente y con autoridad la aplicación del principio en cuestión a la esfera del derecho al voto.

Empecemos con la Decimocuarta Enmienda. Su primera sección, como es bien sabido, concede la ciudadanía a los libertos, pero su segunda sección es más relevante aquí. Esta disposición aborda expresamente el peligro de que algunos estados priven a sus nuevos ciudadanos negros del derecho al voto y apunta la necesidad de dar una respuesta punitiva a estas jurisdicciones. Estipula que los estados que erijan barreras contra los votantes negros sufrirían una reducción proporcional en el número de representantes que pueden enviar a la Cámara: si a la población del estado X le correspondían de otro modo diez representantes, pero el 40 por 100 de sus ciudadanos era negro, podría elegir solamente seis representantes si limitaba los derechos de los votantes negros[10]. Esta orden constitucional es rotundamente contradictoria con el principio de Roberts: trata *explícitamente* a tales estados como miembros de segunda clase de la Unión y de la forma más fundamental posible. Mientras la *Voting Rights Act* meramente requiere de las jurisdicciones eventualmente objeto de mi atención que sometan los cambios en su ley electoral la previa aprobación federal, esta

---

Esto dejó al primer magistrado del Tribunal con *Coyle v. Smith*, 221 U.S., 1911, p. 559, que de hecho revocó un intento del Congreso de imponer una restricción especial a la admisión de Oklahoma en la Unión, y es una fuente apropiada para los categóricos pronunciamientos de Roberts a favor de la igualdad estatal. Pero al escribir para el Tribunal en *Coyle*, el juez Horace Lurton tuvo mucho cuidado en dejar claro que el gobierno federal podía imponer condiciones para la admisión cuando estaban de otro modo «dentro de la esfera del poder normal del Congreso», *ibid.*, p. 574. Al enumerar estos poderes, Lurton no mencionaba la Sección 2 de la Decimocuarta Enmienda, que autoriza la imposición de sanciones selectivas a los estados que «limiten» el derecho al voto de los negros, indudablemente porque esta disposición se había vuelto letra muerta en el momento en que estaba escribiendo en 1911. Sin embargo, el razonamiento de Lurton debilita el uso que hace Roberts de *Coyle* para respaldar su versión del principio de «soberanía estatal igual» al derogar la *Voting Rights Act*.

Es más, la juez Ginsburg estaba en lo cierto al insistir en que *South Carolina v. Katzenbach* se negaba explícitamente a aplicar *Coyle* más allá del problema especial planteado por la admisión de nuevos estados a la Unión. El juez Roberts respondió a su crítica afirmando que la desviación del principio de «soberanía igual» que hacía *South Carolina v. Katzenbach* solo era aceptable en las atroces condiciones que prevalecían en el Sur de Jim Crow. Pero una revisión de las fuentes de autoridad de Roberts no confirma su afirmación de que la «soberanía igual» *es* un principio básico cuando los estados violan el derecho al voto de las minorías.

[10] Para ser más preciso, la Sección 2 ordena una reducción proporcional en la representación en la Cámara para cualquier estado que «niegue […] o limite de cualquier forma» el sufragio de los «habitantes varones mayores de 21 años» en las elecciones federales o estatales. Para consternación de las líderes del ascendente movimiento feminista, esta formulación impuso su sanción selectiva solamente a los estados que excluían de las urnas a los negros, pero no a los que restringían el acceso a las mismas de las mujeres. Véase Alexander Keyssar, *The Right to Vote: The Contested History of Democracy in the United States*, Nueva York, Basic Books, 2000, pp. 143-144. La Sección 2 da a los estados libertad de acción en unas cuantas áreas, pero estos detalles son irrelevantes para el tema que nos ocupa aquí. El punto clave es que la Sección 2 autoriza *expresamente* un trato desigual de los estados sobre la base de su tratamiento discriminatorio a los votantes negros.

sanción es suave comparada con una reducción de la representación del estado en la Cámara de Representantes (y también en las contiendas presidenciales, puesto que el voto en el Colegio Electoral de un estado depende de su número de representantes).

Es verdad, naturalmente, que ni el Congreso ni el Tribunal Supremo obligaron al cumplimiento de este requisito constitucional durante las primeras seis décadas del siglo XX, permitiendo al Sur blanco conservar su proporción de miembros de la Cámara pese a la comisión de actos flagrantes de privación del voto a los negros[11]. Pero este vergonzoso hecho no es una excusa para que Roberts no mencione la Sección 2 en ningún punto de su dictamen. Al contrario, su displicente omisión no hacía sino dramatizar su desmedido orgullo judicial al imponer un principio de «soberanía estatal igual» frente a su explícito rechazo por parte de la Decimocuarta Enmienda.

Roberts siguió borrando la Segunda Reconstrucción. Si bien hizo referencias de pasada al papel del movimiento de los derechos civiles en la elevación de la *Voting Rights Act* a ley en 1965, no proporcionó ningún análisis de los intensos debates constitucionales provocados por esta iniciativa. El Congreso y los estados habían acordado recientemente que la enmienda formal del Artículo Cinco era necesaria para imponer una prohibición relativamente modesta a los impuestos de capitación estatales, prohibiéndolos tan solo en las elecciones federales. Esta prohibición limitada fue finalmente ratificada como la Vigesimocuarta Enmienda en 1964. Sin embargo, solo un año más tarde el presidente Johnson proponía evitar, dando un rodeo, el Artículo Cinco e imponer incursiones mucho más contundentes en los derechos de los estados a tenor de la *Voting Rights Act*. Teniendo en cuenta los cautelosos pasos aprobados por la Vigesimocuarta Enmienda, ¿cómo demonios iba a pasar el filtro constitucional la iniciativa de Johnson?

Esta cuestión fue asumida con mucha seriedad por el Departamento de Justicia y por los líderes del Congreso de ambos partidos. Recuérdese que la NAACP y otros grupos pro derechos civiles se habían *opuesto* a la propuesta de la Vigesimocuarta Enmienda precisamente porque establecía un precedente que bloquearía las trascendentales intervenciones legales necesarias para hacer del derecho al voto de los negros una realidad en el Sur.

Cuando Lyndon B. Johnson se presentó ante el Congreso para proponer la *Voting Rights Act* con su gran discurso «We Shall Overcome», no solo

[11] Véase Stanley Hirshson, *Farewell to the Bloody Shirt*, Bloomington (IN), Indiana University Press, 1962, pp. 200-235 para un relato punto por punto del ultimo gran intento republicano de 1890 para proteger el derecho al voto de los negros, que fue finalmente derrotado por un acto de obstruccionismo del Partido Demócrata en el Senado.

estaba uniendo fuerzas retóricas con el movimiento pro derechos civiles. Estaba diciendo una verdad literal: sería efectivamente necesario vencer resistencias constitucionales *muy* formidables antes de que la *Voting Rights Act* pudiese convertirse en ley. El Departamento de Justicia y los líderes del Congreso plantaron cara a este reto con una gran creatividad, rechazando la afirmación de que el Artículo Cinco proporcionaba el único medio para revisar la Constitución en nombre del pueblo estadounidense. Esta afirmación generó un debate muy serio y muy visible, pero finalmente consiguió obtener el apoyo decisivo del Congreso, gracias a la intervención de última hora de Martin Luther King Jr.

En *Shelby County v. Holder*, el presidente del Tribunal Supremo John Roberts dejó todo esto en la sombra. Aplicó su principio judicial de «soberanía estatal igual» sin darse cuenta de que King, Johnson, Dirksen, Nicholas Katzenbach y Mike Mansfield redefinieron con éxito la relación entre leyes-hito y enmiendas constitucionales formales, poniendo a la *Voting Rights Act* al mismo nivel que la Vigesimocuarta Enmienda (para un discusión más amplia, véase el capítulo 5).

Pero la *Voting Rights Act* no fue incluida en nuestra norma jurídica de carácter superior en un solo momento de 1965. Como dijo el presidente del Tribunal Supremo, «teniendo en cuenta la naturaleza sin precedentes de estas medidas»[12], su experimento de supervisión federal preventiva fue programado con una caducidad de cinco años, exigiendo una sobria reconsideración de su valor imperecedero. Una vez más, sin embargo, Roberts no supo dar la *debida* consideración al debate provocado por la cuestión renovada. En ese momento, las intervenciones federales iniciales a tenor de la *Voting Rights Act* ya habían producido innumerables beneficios en el Sur, con un millón de nuevos votantes negros y cuatrocientos funcionarios negros elegidos que ya hacían oír su voz[13].

En 1970 los conservadores estaban argumentando con fuerza que había llegado la hora de volver a los principios federalistas tradicionales. Pero tras una discusión prolongada y dotada de alta visibilidad, el presidente Nixon y el Congreso decidieron que el régimen de supervisión federal preventiva tenía que continuar. Por otro lado, el debate en curso expresaba una gran preocupación por la peligrosa posibilidad de que formas de desempoderamiento de segunda generación del votante, como la manipulación en clave racial de las circunscripicones, pudiesen socavar los logros recientemente

---

[12] *Shelby County v. Holder*, p. 2618. Como muestra mi discusión de la Sección 2 de la Decimocuarta Enmienda, el presidente del Tribunal simplemente se equivocaba al calificar a estas medidas de «sin precedentes».

[13] Véase la declaración de Richard Nixon después de firmar la *Voting Rights Act* de 1970 en el capítulo 8.

obtenidos. Fue esta amenaza lo que llevó a los líderes republicanos a respaldar la necesidad de proseguir la supervisión federal preventiva[14].

Dado que dio la espalda a esta historia de fortalecimiento de la aplicación de la normativa, el juez presidente Roberts no supo reconocer la trascendencia de la discriminación de segunda generación del votante como motivación básica para la transformación en la *Voting Rights Act* de las relaciones federal-estatales[15]. De manera más fundamental, no supo apreciar cómo la segunda ronda de deliberación en 1970 fortaleció en gran medida la legitimidad de todo el proceso de legislación de carácter superior, permitiendo a los participantes reflexionar sobre las lecciones de cinco años de experiencia antes de dar su aprobación meditada a la continua intervención federal en estados con historias de discriminación (para un discusión más amplia, véase el capítulo 8).

En tres momentos críticos en 1868, 1965 y 1970, los líderes políticos estadounidenses hicieron solemnes compromisos constitucionales, en nombre del pueblo estadounidense, para señalar como objetivo a aquellos estados que planteaban un peligro especial para el derecho al voto de las minorías. Solo consignando estos momentos al olvido pudo el juez presidente Roberts considerar la *Voting Rights Act* como una anomalía constitucional, que requería una justificación especialmente convincente para pasar el filtro de su principio judicial de «soberanía estatal igual». Este libro es, en su totalidad, un dilatado razonamiento contra estos actos de borrado del canon constitucional.

Una vez privado de este principio maestro, el argumento de Roberts contra la *Voting Rights Act* se vendría abajo, dado que su única objeción a la ley dependía de la validez del supuesto compromiso de la Constitución con la soberanía igual. La crítica de Roberts se centró en la fórmula utilizada por la Sección 4 para identificar a aquellos estados y localidades que requiriesen la supervisión federal preventiva. Cuando el presidente Nixon

---

[14] Véanse las observaciones del diputado William McCulloch en el capítulo 8.

[15] Al criticar los fundamentos de la *Voting Rights Act* en las realidades contemporáneas, Roberts destacaba el hecho de que «la participación del votante afroamericano superaba a la del voto blanco en cinco de los seis estados inicialmente cubiertos [por las disposiciones desencadenantes en 1965]». *Shelby County v. Holder*, p. 2625. Pero prestaba una atención superficial a los estudios que apoyaban el punto de vista del Congreso según el cual la fórmula de 1972 seguía identificando aquellas jurisdicciones que utilizaban más frecuentemente la manipulación racial y otras técnicas de segunda generación para minimizar el poder político negro. En vez de tomarse estas pruebas en serio, se refería a la crítica apuntada por el juez Wlliams en el tribunal de apelación. Pero el dictamen de Williams no consiguió persuadir a la mayoría en el panel de tres jueces cuya valoración más positiva fue enérgicamente apoyada por la juez Ginsburg en su disenso. Dada la importancia del tema de la discriminación de segunda generación para convencer a Nixon y al Congreso de reafirmar las disposiciones desencadenantes en 1970, el presidente del Tribunal tendría que haber analizado la evidencia del Congreso mucho más meticulosamente antes de condenarla como una base «irracional» para conservar la fórmula desencadenante de 1972, *ibid.*, p. 40.

y el Congreso dieron de nuevo su aprobación al nuevo régimen, establecieron una vez más una cláusula quinquenalde revisión en la ley, la cual tendría que ser reconsiderada en 1975. En ese momento, el presidente Ford y el Congreso dieron un nuevo ímpetu a la ley prorrogándola por un periodo de siete años y actualizando la fórmula objetivadora de la Sección 4 para hacer de la baja participación en las votaciones en 1972, el año de las elecciones presidenciales más recientes, el desencadenante decisivo para la supervisión por parte del Departamento de Justicia.

En 1982, el presidente Reagan y el Congreso adoptaron otro enfoque. Por un lado, cimentaron la intervención federal en la Constitución viva renovándola durante otros veinticinco años. Por otro lado, no actualizaron la fórmula, conservando la participación en las elecciones de 1972 como factor desencadenante de la intervención federal. En 2006, el presidente George W. Bush y el Congreso siguieron el mismo camino, renovando las disposiciones para otros veinticinco años, pero dejando intacto el acto desencadenante de 1972.

Al presidente del Tribunal Supremo esto no le pareció del todo bien. Insistió en que, antes de que la ley pudiese pasar el filtro constitucional, el Congreso tenía que actualizar su fórmula desencadenante para tomar en consideración de forma explícita las condiciones recientes. Con esta petición, Roberts reconocía que la decisión del Congreso de conservar la vieja fórmula era totalmente deliberada. Como explicó la juez Ruth Bader Ginsburg en su dictamen de los cuatro magistrados discrepantes, la Cámara y el Senado celebraron varias vistas y compilaron un registro de mil quinientas páginas explorando todos los aspectos del tema. Mostró que el Congreso tenía muchas pruebas para apoyar la continua utilidad de la fórmula de 1972 para identificar aquellos estados que planteaban una amenaza relativamente grande al derecho al voto de las minorías. Juzgando en función de baremos ordinarios, es indiscutible que el registro de pruebas elaborado por el Congreso satisfacía sobradamente los requisitos constitucionales[16].

Solamente el compromiso del presidente del Tribunal Supremo Roberts con la «soberanía estatal igual» le llevó a imponer un estándar de prueba mucho más riguroso, que, en su opinión, no podía satisfacerse sin una actualización explícita de la fórmula. Pero esta conclusión no puede ser mejor que sus premisas, y ya hemos visto que el supuesto principio de Roberts fue expresamente rechazado tanto en la Primera como en la Segunda Reconstrucción. Una vez que estas decisiones constitucionales conscientes son expuestas a la vista, el dictamen Roberts se muestra como una terrible traición judicial a Nosotros, el Pueblo.

---

[16] Véase su disenso, *Shelby County v. Holder*, pp. 2639-2644.

Shelby County v. Holder representa una trágica inversión de roles en las relaciones institucionales normales. Hablando en general, los poderes políticos ponen de relieve las realidades corrientes, mientras que los tribunales se toman la historia constitucional en serio. Pero aquí está en marcha un escenario muy diferente: el presidente del Tribunal Supremo Roberts impuso su punto de vista de las realidades presentes sobre la decisión del presidente Bush y de su Congreso de rendir homenaje a los logros constitucionales del pasado.

Recuérdese la situación del país en 2005 y 2006, cuando la *Voting Rights Act* estuvo por última vez en el disparadero para su revisión política: los estadounidenses todavía estaban impactados por el *shock* del 11 de setiembre, luchando en Afganistán y en Iraq y haciendo frente a la desalentadora perspectiva de una «guerra global contra el terrorismo». El centro de la política constitucional había, por consiguiente, cambiado al calor de debates apasionados sobre el alcance del poder presidencial y el equilibrio apropiado que debía existir entre los respectivos compromisos nacionales con la libertad y la seguridad. En los titulares de primera plana estos eran los temas dominantes, y el debate sobre la renovación de la *Voting Rights Act* competía por la atención pública con innumerables temas incluidos en la agenda política de segundo orden. En este contexto, todo el esfuerzo de renovación de la *Voting Rights Act* pudo muy bien haber terminado en un completo fracaso, especialmente teniendo en cuenta el deseo de los políticos sureños de liberarse de la intrusiva supervisión federal. Pero esto no sucedió. El presidente Bush, la Cámara de Representantes y el Senado estaban decididos a rendir homenaje al pasado y así lo hicieron otorgando abrumadoras mayorías a la confirmación de la acertadamente denominada *Fannie Lou Hamer, Rosa Parks y Coretta Scott King Voting Rights Act*.

Indudablemente, el presidente del Tribunal Supremo Roberts estaba en lo cierto al pensar que estos estadistas –por llamarlos por su propio nombre– podrían haber redactado una ley mejor si hubiesen dedicado más tiempo y energía a negociar una nueva fórmula tecnocrática. Pero esto era mucho pedir en un momento en que la movilización de masas y los amplios debates de las décadas de 1960 y 1970 se habían desvanecido hacía tiempo en el pasado. Ahora que la renovación de la *Voting Rights Act* es tratada como un asunto de «política normal», la cuestión crucial es la de si la actual generación de estadounidenses permanecerá fiel a los logros cosechados en legislación de carácter superior de sus padres y abuelos. El presidente Bush y el Congreso merecen elogios, no censura, por contestar esta pregunta con un rotundo sí.

El Tribunal de Roberts se equivocaba profundamente al introducir a la fuerza esta cuestión en la agenda política, especialmente cuando la mera inacción del Congreso bastaría para borrar uno de los actos centrales de la legislación de caráter superior creada por Nosotros, el Pueblo en el siglo XX.

* * * * *

No me dedico a predecir el futuro. Tal vez los próximos años serán testigos de cómo se forma una coalición de Demócratas y Republicanos decididos a reafirmar la *Voting Rights Act*; o tal vez no. Solo una cosa está clara: no basta con reparar el daño causado por el Tribunal de Roberts en *Shelby County vs. Holder*. Se requiere un esfuerzo mucho más amplio para mantener los compromisos de la Segunda Reconstrucción.

Considérese lo que está en juego en la restitución de *Brown v. Board of Education* a su legítimo lugar en el centro del canon constitucional. Si se toman en serio, los principios anunciados en el gran dictamen de Earl Warren tienen un amplio alcance: negros y mujeres, musulmanes e hispanoamericanos, personas mental y físicamente discapacitadas, gays, lesbianas y transexuales, todas estas personas a menudo se encuentran en situaciones de humillación institucionalizada. Todas ellas tienen derecho a la protección constitucional según la interpretación que hace *Brown v. Board of Education* de la Cláusula de Igual Protección, afirmada por el Pueblo durante la Segunda Reconstrucción.

Pero una patología se perfila de modo especialmente preponderante. Si observamos directamente la realidad social, como exige *Brown v. Board of Education*, ningún estadounidense reflexivo puede ignorar las humillaciones diarias que pesan sobre los once millones de inmigrantes indocumentados que viven entre nosotros. Estos hombres, mujeres y niños forman ahora parte de Estados Unidos. No van a desaparecer. La única cuestión seria es la de si la Constitución permite a los estadounidenses de hoy tratarlos de la misma manera degradante como los sureños trataban a los negros antes de la revolución de los derechos civiles.

Si el espíritu de *Brown v. Board of Education* sobrevive en la Constitución viva, la respuesta debe ser no. Es un deber solemne de nuestras instituciones señalar la necesidad de hacer frente a la realidad de su omnipresente humillación institucionalizada, y remediar la negación de la igual protección «con toda la velocidad deliberada».

Como sugiere *United Stated v. Windsor*, incluso el muy conservador Tribunal de Roberts asestará alguna vez un golpe a la humillación institucionalizada, pero no hay ninguna posibilidad de que ejerza el liderazgo constitucional en esta cuestión clave. El presidente y el Congreso han de asumir este reto, al menos a corto plazo. Durante la próxima década, el papel del Tribunal Supremo dependerá de las contingencias políticas que predominan cuando se produce una vacante. ¿Designarán los futuros presidentes, y confirmarán los senadores, a más jueces que estén en guerra con el siglo XX? ¿O pertenecerá el futuro a los juristas que estén dispuestos a reconocer plenamente los grandes logros del siglo?

Supongamos que la intensificación de la traición de la Segunda Reconstrucción por parte del Tribunal de Roberts provoca una fuerte reacción política y el nombramiento subsiguiente de unos jueces que se toman en serio el siglo XX. Incluso entonces, la comunidad legal tendrá que hacer frente a un formidable desafío. La Constitución es obra de muchas generaciones. Aunque la Segunda Reconstrucción hizo contribuciones importantes, no transformó en absoluto todo lo que se había hecho antes; muchas interpretaciones tradicionales han sobrevivido y otras muchas pueden ser reflexivamente adaptadas para acomodarlas a la revolución de los derechos civiles. Este es el reto de la *síntesis intergeneracional* y ya he esbozado sus rasgos característicos en un volumen anterior[17]. El último libro de esta serie hará un esfuerzo más sostenido para integrar la contribución de cada momento constitucional en una síntesis doctrinal más general. Pero aliento a los lectores a asumir esta tarea en sus propios esfuerzos por dotar de sentido a la Constitución. Casi todos los problemas importantes requieren un intérprete que integre los principios heredados de por lo menos dos momentos decisivos de la historia constitucional. Hará falta mucho trabajo, y muchos trabajadores diferentes, para hacerse una idea cabal de las formas en que las contribuciones de distintas generaciones han de ser aplicadas en una amplia variedad de temas concretos. De hecho, son ya varios los investigadores que recientemente han efectuado valiosas contribuciones a este proyecto[18].

Podríamos simplificar nuestro problema interpretativo privilegiando los esfuerzos de una o dos generaciones, a la manera de los jueces Scalia y Thomas. O podríamos simplemente ignorar completamente la tradición de la legislación de carácter superior, a la manera del actual presidente del TRibunal SUpremo Roberts. Pero el objetivo de la interpretación constitucional no es simplificar la vida de los juristas. La gran tarea es hacer realidad la orgullosa pretensión de que Nosotros, el Pueblo tiene *efectivamente* la última palabra en Estados Unidos, dando el debido reconocimiento a los

---

[17] Véase B. Ackerman, *We the People: Foundations*, vol. 1, cit., caps. 4-6.

[18] Para algunas exploraciones diferentes, véase Stephen Griffin, *Long Wars and the Constitution*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2013; Alison LaCroix, «Temporal Imperialism», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 158, 2010, p. 1329; Gerard Magliocca, *The Tragedy of William Jennings Bryan*: *Constitutional Law and the Politics of Backlash*, New Haven (CT), Yale University Press, 2011, y *Andrew Jackson and the Constitution*: *The Rise and Fall of Generational Regimes*, Lawrence (KA), University Press of Kansas, 2007; Jed Rubenfeld, *Revolution by Judiciary: The Structure of American Constitutional Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2005, y *Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government,* New Haven (CT), Yale University Press, 2001; Reva Siegel, «She the People», *Harvard Law Review*, vol. 115, 2002, p. 948. También es alentadora la voluntad cada vez mayor manifestada por estudiosos comprometidos con la primacía de la Fundación y la Reconstrucción a incorporar los hechos y acontecimientos del siglo XX en sus discusiones doctrinales. Véase, por ejemplo, Akhil Amar, *America's Unwritten Constitution*, Nueva York, Basic Books, 2012; Jack Balkin, *Living Originalism*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2011.

logros de *cada* generación a la hora de estructurar y reestructurar los compromisos constitucionales del país a lo largo de los siglos.

¿Una tercera Reconstrucción?

Necesitaremos tanta determinación política como perspicacia legal si queremos que Estados Unidos mantenga su compromiso con la Segunda Reconstrucción en las décadas venideras. El esfuerzo por preservar el legado de los derechos civiles, sin embargo, no debe hacernos olvidar sus muy graves limitaciones.

Considérense las observaciones de Lyndon B. Johnson en su famoso discurso a los graduados de la Howard University en 1965. Con la aprobación de la *Civil Rights Act* y la *Voting Rights Act* avanzando decididamente hacia su promulgación, Johnson proporcionó esta aleccionadora perspectiva general:

> El proyecto de ley de derecho al voto será la última y una de las más importantes de una larga serie de victorias. Pero esta victoria –como dijo Winston Churchill de otro triunfo de la libertad– «no es el final. Ni siquiera es el principio del final. Pero es tal vez el final del principio».
>
> Ese principio es la libertad; y las barreras a esa libertad están cayendo. La libertad es el derecho a compartir, de manera plena e igualitaria, en la sociedad estadounidense: a votar, a tener un trabajo, a entrar en los lugares públicos, a ir a la escuela. Es el derecho a ser tratado en todos los aspectos de nuestra vida nacional como una persona igual en dignidad y confianza a todas las demás.
>
> Pero la libertad no es suficiente […]. No podemos coger a una persona que durante años ha estado atada a una cadena, liberarla, acompañarla a la línea de salida de una carrera y decirle: «Eres libre de competir con los demás» y creer que de este modo estamos siendo completamente justos.
>
> Así, pues, no basta en absoluto con abrir las puertas de la oportunidad. Todos nuestros ciudadanos tienen que tener la capacidad para cruzar esas puertas.
>
> Esta es la siguiente y la más profunda etapa de la lucha por los derechos civiles. No pretendemos solo la libertad, sino la oportunidad. No pretendemos solo la igualdad legal, sino la habilidad humana; no solo la igualdad como un derecho teórico, sino la igualdad como un hecho y como un resultado […].
>
> Para ello la igualdad de oportunidades es esencial, pero no es suficiente, no es suficiente. Hombres y mujeres de todas las razas nacen con la misma serie de habilidades. Pero la capacidad no es solo producto del nacimiento. La capacidad es ampliada o atrofiada por la familia

> con la que uno vive y con el vecindario en el que vive, por la escuela a la que va y por la riqueza o la pobreza del entorno circundante. Es el producto de cien fuerzas invisibles que actúan sobre el niño, el joven y, finalmente, sobre el hombre.
>
> Esta clase de graduados de la Howard University es testigo de la indomable determinación de los negros estadounidenses de abrirse camino en la vida estadounidense […]. Se trata de logros soberbios e impresionantes. Pero nos hablan solamente de una minoría cada vez mayor de la clase media, que va cerrando paulatinamente la brecha que la separa de sus conciudadanos blancos de la misma clase.
>
> Pero para la gran mayoría de negros estadounidenses –los pobres, los desempleados, los desarraigados y los desposeídos– la historia es mucho más desalentadora. Ellos son todavía […] otra nación. Pese a las leyes y a las órdenes de los tribunales, pese a las victorias legislativas y a los discursos, para ellos crecen las barreras y la brecha se hace más profunda[19].

El presidente estaba continuando el gran tema jurisprudencial anunciado en *Brown v. Board of Education* y llevado adelante por las leyes hito. Insistía en que el compromiso de la nación con la igualdad se extiende más allá de la teoría legal a los hechos de la vida social. Sin embargo, su principal objetivo era poner de relieve las esferas limitadas en las que operarían las leyes-hito: garantizar el derecho «a votar, a tener un trabajo, a entrar en los lugares públicos, a ir a la escuela». Johnson llamaba a eso «libertad»; yo lo he llamado «igualdad de oportunidades en cada una de las esferas de la vida social». Pero se llame como se llame, el presidente decía que solo era un primer paso.

Su objetivo último ha sido a menudo malinterpretado. Utilizando la frase «la igualdad como hecho y la igualdad como resultado» Johnson no se refería a que todo el mundo vaya a obtener el mismo resultado independientemente de sus esfuerzos y logros. Estaba diciendo que la igualdad de oportunidades *real* requería una nueva serie de leyes-hito pensadas para eliminar las condiciones desiguales soportadas por la «gran mayoría de negros estadounidenses, los pobres, los desempleados, los desarraigados y los desposeídos».

En el resto de su discurso, Johnson anunció su programa para una «Gran Sociedad» que apuntaría a «las causas fundamentales […] de la pobreza» y a las cargas especiales de «odio y desesperanza» impuestas por la historia de esclavitud y racismo de la nación. Insistía en que «aceleraremos y ampliaremos [nuestro] ataque [contra estas condiciones] en los años

---

[19] Lyndon B. Johnson, *Public Papers of the President of the United States: Lyndon B. Johnson, 1965*, Washington DC, United States Government Printing Office, vol. 2, 1966, pp. 635-640.

venideros hasta que el más duradero de nuestros enemigos finalmente ceda ante nuestra persistente voluntad».

Pero una cosa era que Johnson recibiese el aplauso de los graduados de Howard y otra muy distinta para él que obtuviese el consentimiento de Nosotros, el Pueblo. Aunque el Congreso aprobó una primera ronda de legislación antipobreza y Martin Luther King Jr. se movió para ampliar estas iniciativas hasta que la bala de un asesino le cerró el camino, esto no fue suficiente para obtener un estatus de referencia fundamental para el proyecto de la Gran Sociedad. Antes de poder obtener un mandato constitucional para una expansión radical de los objetivos de la Segunda Reconstrucción, el liderazgo político y la base de su movimiento habría tenido que mantener un amplio apoyo popular elección tras elección y esto simplemente no sucedió. Al contrario, la arrolladora victoria de Richard Nixon sobre George McGovern representaba el rechazo popular de los esfuerzos de Johnson y King para llevar a la nación hacia otro avance decisivo.

Se han escrito cientos de libros para explicar las causas de este fracaso. Este no es uno de ellos. Yo quiero interpretar el significado constitucional del fracaso de la Gran Sociedad, no sus causas. Desde esta perspectiva, el paralelismo con la Reconstrucción Radical de la década de 1860 resulta muy instructivo.

Recuérdese el gran discurso de Thaddeus Stevens, reimpreso por extenso en el capítulo 8, en el que presentaba la visión de una «República purificada», que estaría «libre [...] de todo vestigio de opresión humana, de desigualdad de derechos, de la reconocida degradación de los pobres y de la casta superior de los ricos». Pronunció su discurso justo antes de que la Cámara de Representantes aprobase la Decimocuarta Enmienda, pero no subió al estrado a celebrar este gran momento decisivo en la historia constitucional. Al contrario, lo consideró como un acto de traición: «Creo que nos veremos obligados a contentarnos con remendar los trozos más maltrechos del viejo edificio y a dejarlo en muchas de sus partes a merced de las tormentas y las heladas del despotismo»[20].

Para Stevens y otros republicanos radicales, la Decimocuarta Enmienda representaba el fracaso decisivo de su campaña para proporcionar a los negros los recursos cruciales que necesitaban para ganar una igualdad de oportunidades *real* en el Nuevo Sur, incluidos «cuarenta acres y una mula» y una educación pública gratuita. Sin estos recursos, los libertos serían incapaces de defender sus intereses contra la opresión blanca[21].

---

[20] Véase el discurso de Stevens en el capítulo 8.
[21] Desarrollo más extensamente el fracaso de los republicanos radicales en B. Ackerman, *We the People: Transformations*, cit., capítulos 6-8.

Estaba en lo cierto. Y también lo estaba Lyndon B. Johnson cuando advirtió que «el abismo se está ampliando» entre la elite con estudios universitarios y «los pobres, los parados, los desarraigados y los desposeídos». Medio siglo más tarde estamos viviendo en una nueva *Gilded Age* (1870-1900) en la que la desigualdad económica está alcanzando nuevas cimas.

¿Cómo responderán a este reto los estadounidenses del siglo XXI? ¿Satisfarán las esperanzas de Stevens y Johnson y actuarán de forma decidida contra «las causas fundamentales […] de la pobreza» y las cargas del «odio y la desesperanza»? Y si se quedan cortos, ¿establecerán grandes, aunque sean limitados, compromisos con la igualdad comparables a los refrendados por Nosotros, el Pueblo en la Fundación, durante la Primera Reconstrucción, en el *New Deal* y en la Segunda Reconstrucción?

¿O se perderá la memoria misma de estos compromisos bajo el velo de la adoración a los ancestros?



